

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII • Enero - Febrero 1982 • Núm. 548

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

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

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Esquemas sobre la valoración actual del Derecho Hipotecario», por RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA	9
«Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO	47
«Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», por TOMÁS GIMÉNEZ DUART	117

VIDA JURIDICA:

«Centenario de la Ley Hipotecaria y celebración del Día de la Ley. San Juan de Puerto Rico, 1.º de mayo de 1980», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	147
--	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	193
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	203
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	241

LIBROS:

«La destrucción del legado urbanístico español», de F. CHUECA GOITIA, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	249
«Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos», de JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	251

«Diritti reali e Diritti di credito: valore attuale di una distinzione», de ATILIO GUARNIERI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	253
«Nueva imposición sobre la renta de las personas físicas», de J. MONJO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	259
«Manual de Derecho civil navarro», de F. SALINAS QUIJADA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	261
«Estudios de Derecho Civil», de F. DE A. SANCHO REBULLIDA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	264

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	269
II.ª Noticia de Revistas	277

ESTUDIOS

Esquemas sobre la valoración actual del Derecho hipotecario

SUMARIO: *Introducción.—Antecedentes del Registro de la Propiedad—Influjo del sistema registral en la vida jurídica: 1. Difusión del crédito.—2. Estabilización jurídica: A) Aseguramiento de sentencias. B) Colaboración procesal.—3. Seguridad jurídica.—4. Modo de adquirir la propiedad.—5. Servicio público 6. Control y cumplimiento de las leyes.—Conclusión*

INTRODUCCIÓN

Las instituciones jurídicas no nacen a la vida del Derecho por generación espontánea ni se crean por el capricho del legislador; se implantan con la finalidad de resolver necesidades que sienten las sociedades humanas en determinados momentos de su existencia. Por eso, nos decía HINOJOSA (1) que las leyes que sirven de norma a las relaciones jurídicas en cada pueblo no son ni pueden ser en manera alguna invención arbitraria de uno o varios individuos, ni siquiera de una sola generación o de una sola época. Son el fruto de las necesidades y esfuerzos de muchas generaciones. La Historia, maestra infalible del quehacer humano, ha elevado a la categoría de axioma esta afirmación.

La Institución de la publicidad inmobiliaria para la seguridad de su tráfico jurídico, y cuyo último estadio de perfección radica en el llamado Registro de la Propiedad, no es una excepción a lo que se ha dicho. Efectivamente, la publicidad registral, como cualquiera otra institución jurídica, no es un invento, ni siquiera un producto instantáneo del legislador; al contrario, es el resultado de una larga y costosa elaboración, a veces vacilante, a la que han concurrido factores económicos, históricos, sociales y hasta filosóficos, como lo puso de relieve el notable jurista

(1) EDUARDO DE HINOJOSA: *Historia general del Derecho español*. Tipografía de los Huérfanos. Madrid, 1887.

cubano DORTA DUQUE (2). En nuestra Patria, GENOVÉS AMORÓS (3), en brillante conferencia pronunciada hace ya bastantes años, afirmaba que «los sistemas jurídicos, lo mismo que los estilos arquitectónicos, no se crean apriorísticamente, sino que son el resultado de una sucesión de esfuerzos, a veces discontinuos, que poco a poco van adquiriendo un perfil característico, y que con cierta ayuda de la *doctrina* llegan por fin a constituir un sistema». Es conveniente constatar, antes de seguir adelante, que todas estas afirmaciones no están basadas en investigaciones de tipo doctrinal o de puro raciocinio, sino que son corolario de estudios documentales históricos, apoyados en hechos sociales, naturales y económicos de absoluta certeza.

Nadie discute hoy día, por su palmaria evidencia, el que las instituciones jurídicas anteriores al vigente sistema registral, legadas a nuestro pueblo por el Derecho romano, y que regulaban la propiedad inmobiliaria y la dinámica de los demás derechos reales, no servían para alcanzar el grado suficiente de desenvolvimiento que exigen las necesidades jurídicas y económicas modernas. Esa misma inutilidad fue la que hizo necesaria apoyar la manifestación formal de la situación jurídica de los inmuebles, o lo que es lo mismo, su publicidad, en otras instituciones más aptas y adecuadas para ello, y así se creó el Registro de la Propiedad en nuestra Patria, al igual que en las demás naciones de sistemas jurídicos desarrollados.

La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 inauguró en España el sistema registral al regular la constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y de los demás derechos reales, en base al Registro de la Propiedad que implantaba, y que con las modificaciones y reformas necesarias por el tiempo transcurrido sigue vigente en la actualidad, cumpliendo muy aceptablemente su importante misión.

Estas normas hipotecarias, examinadas a la luz de los niveles de análisis que exigen los postulados de la moderna filosofía del Derecho (4), cumplen rigurosamente todas sus exigencias.

(2) DORTA DUQUE: *Curso de Legislación hipotecaria*. Facultad de Derecho de La Habana, pág. 15.

(3) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

(4) ELÍAS DÍAZ: *Sociología y filosofía del Derecho*. Editorial Taurus, año 1977. Cita tomada de NORBERTO BOBBIO en su *Teoria della norma giuridica*, pág. 58. Este autor se plantea ante toda norma jurídica sometida a análisis filosófico un triple orden de problemas: 1) si aquélla es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; y 3) si es eficaz o ineficaz. Estos problemas son independientes uno del otro, ya que la justicia de la norma no depende ni de la validez ni de la eficacia, la validez no depende ni de la justicia ni de la eficacia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez.

Las normas hipotecarias son *válidas*: existen debidamente promulgadas, no están derogadas y su aplicación a la práctica es constante, de tal modo que, con el devenir de los años, han dado lugar a que de hecho coexistan dos diferentes clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. Siendo la primera de ellas la que cumple rigurosamente todas las disposiciones que para el bien común dicta el Estado y escapando de toda normativa o fiscalización, la segunda.

Las normas hipotecarias son *eficaces*: sirven de modo satisfactorio a la finalidad para que fueron promulgadas, pues son hechos incontrovertibles los que han dado seguridad al dominio, han fomentado el tráfico jurídico inmobiliario, han acabado con la figura del estelionato, tan frecuente en tiempos pretéritos, y, en suma, han contribuido a la paz jurídica, evitando litigios y cooperando a la justicia distributiva.

Y, finalmente, las normas hipotecarias son *justas*: ya que no son el resultado de una imposición arbitraria o rigorista del legislador; antes al contrario, el sistema se caracteriza por la voluntariedad normal de la inscripción, criterio que en estricto derecho inmobiliario registral puede ser discutido, pero que por su bondad, por las ventajas que ha proporcionado y por las necesidades que han solucionado, han logrado que su aplicación sea extensiva y abarque toda la propiedad urbana y la rústica de valor apreciable en la actualidad.

Generalmente se ha estudiado al Registro de la Propiedad como una institución jurídica al servicio del interés particular, que sin duda presta, pero se ha olvidado con harta frecuencia el importantísimo servicio que rinde a la sociedad en general y, por ende, a la nación y al Estado, que son en última instancia los mayores beneficiarios. Pero ello no es de extrañar, puesto que en el momento de la instauración del sistema registral, año de 1863, era dominante una doctrina liberal del más avanzado individualismo que sólo reparaba en el beneficio particular del propietario; pero no se puede negar, sin caer en el absurdo, que el Registro de la Propiedad al publicar y proteger el tráfico inmobiliario beneficia no sólo al que inscribe su adquisición, sino también al interés general de la sociedad. Ya en el año de 1948, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (5) decía que el Registro de la Propiedad «sirve al interés nacional, y ello justifica la intervención estatal en el régimen de la propiedad privada, porque el Estado, merced a las inscripciones del Registro, cuenta con un censo jurídico de la propiedad inmueble, base eterna de sustentación

(5) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia en el año 1948. Puede verse en el libro homenaje a su memoria, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, tomo II, págs. 321 y siguientes.

de la comunidad, y con una relación de propietarios que facilita y asegura la percepción de las contribuciones territoriales. A través de la inscripción, el interés nacional cuenta con un elemento que por asentar sobre bases sólidas el derecho de propiedad sirve para sanear ésta, fomentando la prosperidad pública para impulsar y vigorizar el crédito, sin el cual no existe progreso agrícola ni urbano, y lo que no es menos importante, que no se ven expuestos a usurpaciones ni a estelionatos, como antes de establecerse el sistema de Registro sucedía. Donde el sistema funciona bien los pleitos inmobiliarios desaparecen. Cada nuevo libro que se abre en el Registro representa un litigio menos».

El mismo criterio guía a GENOVÉS AMORÓS (6) al decir que «los legisladores del siglo pasado tuvieron dos modelos a la vista: el germánico y el francés. El primero, el sistema germánico o alemán, tiene en cuenta, ante todo, el interés público y casi podríamos decir estatal; el régimen francés estaba polarizado en sentido individualista y para proteger intereses privados. Y el incipiente sistema español adoptó una situación intermedia y equidistante; no atendió preferentemente al interés del Estado, ni tampoco al de los particulares, sino a un interés público difuso, al interés de la masa anónima, al interés de los terceros».

Todo esto es irrefutable; la propia Ley Hipotecaria ha sido denominada con harta frecuencia la Ley de los terceros, y su inspiración, aunque intermedia entre las dos legislaciones que apuntaba GENOVÉS, se inclina francamente hacia el lado germánico. Baste recordar al respecto que el propio ministro de Gracia y Justicia a la sazón, señor FERNÁNDEZ NEGRETE, en las discusiones parlamentarias de la época, declaró ante el Senado que la Ley se acercaba más al sistema germánico que al francés; y que fue GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los redactores de la Ley, quien ante el nombre con que se conocía a la misma de Ley de terceros: o para terceros, dijo que la opinión general pone los nombres a las leyes, tomándolos de su significación más estricta. Y esa masa anónima, esos terceros beneficiados por el sistema hipotecario, no son más que la propia sociedad, la comunidad en general, cuyo interés debe ser el fin que guía o informe las normas del Estado.

Y, por último, GARCÍA GUIJARRO (7) afirma que «el fundar la institución del Registro de la Propiedad fue lo mismo que establecer las leyes que deben presidir la institución y movimiento del derecho de propiedad en sus relaciones sociales esenciales, y que el perfeccionamiento de tal Registro debe ser aspiración constante del Poder público, para ir al

(6) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra antes citada, pág. 4.

(7) L. GARCÍA GUIJARRO: *Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*.

compás tanto de las necesidades históricas como de las exigencias del progreso jurídico».

En resumen: la publicidad que dimana del actual sistema registral redundaba en beneficio de todos los componentes sociales, ya que crea las condiciones precisas para el desarrollo sin trabas de la dinámica de los inmuebles.

Es obvio asegurar que la necesidad de un sistema registral en nuestra Patria era evidente, ya que las instituciones que existían antes de su implantación, legadas por el Derecho romano, no eran apropiadas ni suficientes para garantizar el desenvolvimiento jurídico inmobiliario que reclaman las modernas necesidades jurídicas y económicas. Era tan necesario reformar las leyes inmobiliarias que ya en el proyecto de Código Civil del año de 1851 se dedicaban los títulos XIX y XX del Libro Tercero a la exposición de un sistema hipotecario basado en los principios de publicidad y especialidad. Y aun cuando aquel proyecto fracasó, el Gobierno, comprendiendo que la reforma del sistema hipotecario era urgentísima, dispuso por Real Decreto de 8 de agosto de 1855 que la comisión nombrada para formar el proyecto de la Ley Orgánica de los Tribunales se dedicara a formular un proyecto de Ley Hipotecaria y de aseguración de la propiedad territorial. Este Real Decreto decía en su preámbulo: «las leyes anteriores estaban condenadas por la ciencia y la opinión, porque no garantizaban suficientemente la propiedad ni ejercían saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaban el interés del dinero, ni facilitaban las adquisiciones a los dueños de la propiedad inmueble...»

La propiedad inmueble a principios del siglo pasado estaba en su mayor parte amortizada, sustraída al comercio, por los mayorazgos, señoríos, vinculaciones y manos muertas existentes; y la pequeña parte que se encontraba libre raramente era objeto de transmisión *inter vivos*. Nadie osaba adquirir un inmueble con la única garantía personal del transmitente, ya que las posibles cargas ocultas o tácitas y la insuficiente garantía dominical convertían la adquisición en una peligrosa aventura cuyo final muy bien podría ser el verse despojado de lo onerosamente adquirido o en el mejor de los casos envuelto en un largo y costoso pleito judicial. No hay que olvidar que la ocultación de las cargas de los inmuebles o estelionato era moneda corriente en nuestra historia hasta la aparición del sistema registral.

Si a ese estado de inseguridad inmobiliaria se le adiciona la abolición de las vinculaciones y mayorazgos y después las leyes desamortizadoras de Mendizábal, que introducen al comercio miles de hectáreas de

fincas, la situación se hace insostenible y la urgencia del sistema registral es tan notoria que no se esperó a la publicación del Código Civil y se aprueba y entra en vigor la Ley Hipotecaria. Así lo reconoció CÁRDENAS (8) al exponer que «la reforma hipotecaria era tan indispensable y la Ley que la realizó tan justa y favorable a la *causa pública* que, a pesar de las gravísimas dificultades con que tuvo que luchar desde su origen, a pesar de haber combatido tantos intereses individuales y de localidad, que se decían perjudicados por ella, ha salido a salvo de todos...»

ANTECEDENTES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez demostrada la necesidad del sistema registral para dotar de seguridad al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, con la publicación de su tráfico y titularidades dominicales, es conveniente exponer, aunque sea someramente, por ser de todos conocida, la historia y evolución de esta publicidad.

En cualquier manual de Derecho hipotecario se puede comprobar que en el año de 1539, a instancia de las Cortes de Toledo, y para evitar la tan corriente ocultación de gravámenes, se publicó una Pragmática real que disponía que en cada ciudad, villa o lugar cabeza de jurisdicción hubiese una persona encargada de llevar un libro en el que se registrarán todos los censos, tributos, imposiciones o hipotecas de las casas y heredades, bajo pena de no hacer fe ni perjudicar a tercero. Este libro no era público, pero el Registrador debía dar fe a petición de parte interesada de las cargas de las fincas. Desde luego, aun imperfecta y a los solos efectos de gravámenes como empieza la publicidad, esta Pragmática es el antecedente remoto más significativo del Registro de la Propiedad actual. GALINDO y ESCOSURA fundan esta Pragmática en el beneplácito que anteriormente el emperador Carlos I, en el año de 1538, había dado para que en Flandes se implantara este incipiente Registro.

La crítica de esta Real Pragmática tiene que ser elogiosa. La historia nos enseña que los sistemas hipotecarios comienzan por ser sólo de gravámenes, y después, cuando se va alcanzando mayor grado de desarrollo, se amplía su contenido en sentido positivo y dominical. Ejemplo actual de esta afirmación lo tenemos en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954. Las propias Contadurías de Hipotecas, creadas doscientos años más tarde de la fecha de la Pragmática, también tenían por objeto la toma de razón de los gravámenes sobre los

(8) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *Memorias históricas de los trabajos de la Comisión de Legislación, suprimida por Decreto del Regente del Reino de 10 de octubre de 1869*. Madrid, 1891.

inmuebles. Esta evolución es común o general en todos los países; se comprueba no sólo en las naciones americanas de habla hispana, sino también en naciones europeas como Alemania, Francia, Suiza, etcétera.

Pero esta primitiva Pragmática de 1539 no alcanzó mucho éxito. Su fracaso relativo se suele achacar a la resistencia pasiva que interesados y Tribunales opusieron para no acatarla. La mala fe de los vendedores y la ignorancia de la época fueron las causas principales; por eso las Cortes de Valladolid, en 1548 y en 1555, reclamaron su observancia, a lo que accedió el rey, pero sin resultados apreciables. Y así fue transcurriendo el tiempo, hasta que en el año de 1768, a la vista de la situación tan desastrosa en que se encontraba la propiedad inmobiliaria, se dicta una nueva Pragmática que crea los llamados Oficios de Hipotecas o Contadurías en las cabezas de partido. Estas contadurías pueden considerarse como los antecedentes inmediatos de los Registros de la Propiedad; éstos, cien años después, se instalan en las propias oficinas anteriores, y sus libros empiezan a funcionar a base de los traslados de los asientos de los antiguos libros. Hasta hace poco tiempo los Registradores de la Propiedad conservaban en sus archivos los libros de las extinguidas Contadurías de Hipotecas (9).

En estas Contadurías se hacían constar: las imposiciones y ventas de censos y tributos, fundaciones de mayorazgos y obras pías, liberación de censos y tributos y demás gravámenes reales. Su funcionamiento inicial fue muy aceptable, por lo que se amplió su contenido en el año de 1788, sólo diez años después de su creación, a la registración de las donaciones piadosas que constaren en documento público. Pero el llamado Impuesto de Hipotecas, antecedente del posterior Impuesto sobre Derechos Reales y ahora denominado sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Sucesiones, creado en el año de 1829, hizo que los interesados, creyendo poder eludirlo, se alejaran de las Contadurías. Este es el motivo para que en el año de 1835 se ordenara que los títulos no inscritos en las Contadurías fueran rechazados en juicio, y se concedió un plazo de tres meses para que fueran registrados (10). Es digno de hacer notar cómo desde muy pronto, al Estado le interesa la registración de la propiedad inmueble y de sus gravámenes,

(9) En la década de los años sesenta la Dirección General de los Registros y del Notariado autorizó, con carácter general, el traslado de los libros de las antiguas Contadurías de Hipotecas a los archivos provinciales por su interés histórico-jurídico. Estos libros fueron entregados por la mayoría de los Registradores, bajo la correspondiente acta de entrega a los Archivos provinciales correspondientes. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 415 del Reglamento Hipotecario.

(10) Es un claro precedente de lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria.

pues va a ser esta clase de propiedad inscrita la que ayude a levantar las cargas fiscales, mediante el pago de los impuestos sobre su circulación, pues cumple dócil y fielmente todas las disposiciones emanadas de los poderes públicos.

Las vicisitudes que sufrieron las comisiones redactoras de los proyectos de Código Civil y Leyes Hipotecarias son de todos conocidas, por lo que, en aras a la brevedad, excuso su comentario y exposición; sólo conviene subrayar que, ante los obstáculos con que tropezaba la redacción del Código Civil y la urgente necesidad de la Ley Hipotecaria, no se esperó a la aprobación de aquél, y el 16 de febrero de 1861 se publica la primer Ley Hipotecaria, que inauguraba el sistema actual, veintisiete años antes de la publicación del Código Civil.

INFLUJO DEL SISTEMA REGISTRAL EN LA VIDA JURÍDICA

No es mi propósito entonar un panegírico a nuestro sistema registral, considerándolo perfecto, puesto que en ciertos aspectos no lo es; ni incurrir en la evidente hipérbole de que ha solucionado radicalmente el problema de la dinámica y seguridad de los inmuebles, ya que hay mucho camino que recorrer para ello. Tampoco sería elegante entonar loas de lo nuestro, puesto que, como decía RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (11), la alabanza de lo propio es deleznable; pero es oportuno y esclarecedor trazar un breve esbozo de lo que ha supuesto el sistema inmobiliario español en la vida jurídica con la mayor objetividad posible y extrayéndolo de la realidad vivida.

Para ello conviene examinar los siguientes extremos en los que la Ley Hipotecaria incide o influye de manera singular en el campo del orden jurídico, hasta el punto de que han sido tratados como fundamentos del sistema:

1. Difusión del crédito.
2. Estabilización jurídica, en su doble faceta de:
 - a) Aseguramiento de sentencias; y
 - b) Colaboración judicial.
3. Seguridad jurídica.
4. Modo de adquirir el dominio.
5. Servicio público; y
6. Control y cumplimiento de las leyes.

(11) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Una legislación genuinamente española*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria. Puede verse en el libro homenaje antes citado, tomo II, páginas 617 y sigs.

1. *Difusión del crédito*

Aunque el crédito nace como una consecuencia del contrato de compraventa (12), en nuestra Patria nadie osaba, antes de regir el sistema registral, prestar capitales bajo garantía inmobiliaria. No es lo dicho una afirmación gratuita; sabemos que era así, puesto que tenemos en primer lugar el testimonio de los escritores de la época; después, el texto del Real Decreto de 10 de agosto de 1853, y por último, el irrefutable alegato de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria.

Esta última nos dice que una de las varias causas que condenaban a las leyes anteriores es la de no cimentar sobre sólidas bases el crédito territorial. Efectivamente, la hipoteca, que es el medio idóneo y natural para facilitar el crédito territorial, puesto que no priva de la posesión del inmueble al deudor, crea un nexo que enlaza el crédito personal con el derecho real que lo avala efectivamente y concede al acreedor un derecho sólido que tiende a independizarse de la relación obligaciones (véanse los arts. 105 y 140 de la Ley Hipotecaria), con las posibilidades que puede brindar al comercio jurídico, aun sin llegar a configurarse como la llamada deuda territorial del Derecho alemán (13), no puede desenvolverse en un régimen de clandestinidad.

En cambio, la legislación hipotecaria ha logrado que, en la actualidad, la hipoteca se haya extendido notablemente y hasta ha configurado variadas especies de hipoteca, impensables en el anterior sistema. Ahora se permiten y se constituyen las hipotecas llamadas unilaterales (art. 141 de la Ley Hipotecaria), las que garantizan obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador y en garantía de cuentas corrientes de crédito (artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria), las que aseguran rentas o prestaciones periódicas y hasta obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas (art. 142 de la Ley Hipotecaria). Por otra parte, ha delimitado las hipotecas legales, tan temidas en otras épocas, determinando su número (art. 168 de la Ley), su validez (art. 159) y la transmisión de sus créditos (art. 152).

La propia Ley Hipotecaria contribuyó decisivamente a la creación del Banco Hipotecario de España, en el año de 1872, y que a pesar de

(12) FEDERICO ENGELS: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Editorial Claridad, S. A. Buenos Aires, 1964, en la pág. 193. Este autor sostiene que «después de la compra de mercaderías por dinero vinieron los préstamos y con ellos el interés y la usura».

(13) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*. Madrid, página 230. Esta deuda territorial se inscribe a nombre del propietario deudor y ha servido eficazmente al Derecho agrícola germano.

sus imperfecciones (14) desde esa fecha hasta el año de 1962 había emitido cédulas con garantía hipotecaria por un importe de 19.746.143.883 pesetas (15).

Todos estos factores han contribuido, sin ningún género de dudas, al desarrollo y extensión del derecho de propiedad a todas las capas sociales. Por eso, hoy día, el Registro de la Propiedad no es una institución al servicio de un limitado número de propietarios o latifundistas; la hipoteca, juntamente con varias Leyes, entre las que destacan la de Propiedad Horizontal y la de Concentración Parcelaria, entre otras, y cuyas finalidades no se hubieran cumplido sin legislación hipotecaria, han hecho del mismo el instrumento idóneo para esa difusión a escala nacional del derecho de propiedad. Basta para justificar este cambio hacer un resumen de la estadística del quinquenio de 1972 al 1977, tomado de los Anuarios publicados por la Dirección General de los Registros y del Notariado:

En el año de 1972 se constituyeron en España 191.306 hipotecas, por un importe de capitales asegurados de 94.888.253.304 pesetas. En el año de 1976 las hipotecas constituidas fueron 276.865, por un capital de 287.019.322.310 pesetas. Durante los tres años intermedios fueron subiendo paulatinamente ambas cifras, hasta llegar al año de 1977, según el último Anuario publicado, a una suma de 354.399.451.927 pesetas de capitales asegurados. Aun teniendo en cuenta la depreciación de la moneda, estos guarismos resultan reveladores; basta saber que en el año de 1976 se constituyó una hipoteca por cada ciento veinte españoles.

Como consecuencia de este crecimiento del crédito hipotecario apoyado en la institución registral, son resultados tangibles y reales los siguientes:

- A) La popularización y extensión del derecho de propiedad a la mayor parte de la comunidad.

(14) JOAQUÍN COSTA: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Biblioteca Costa. Naciones, 244. Madrid. 1917. Decía este autor en el año 1888, respecto del Banco Hipotecario, lo siguiente: «Hace dieciséis años que se estableció, y el país no conoce todavía su existencia.» Proponía varias medidas para su mejor funcionamiento, entre las que destacan:

1) La descentralización del Banco, o sea abrir sucursales no sólo en las capitales de provincias, sino en las cabeceras de partido.

2) Admitir préstamos sobre fincas inmatriculadas, es decir, sujetas a las limitaciones del artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

3) La reducción de operaciones y requisitos previos a la concesión del préstamo

4) Conceder préstamos en segundas hipotecas.

(15) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Una legislación genuinamente española*. Tomo II del libro homenaje antes citado, págs. 618 y sigs.

- B) El crecimiento de pueblos y ciudades, con la construcción, a veces deficientemente planificada, de grandes bloques de viviendas; y
- C) La realización de las obras públicas precisas en una sociedad desarrollada, como son las autopistas, embalses, naves industriales, etcétera.

Pero oigamos una voz más autorizada que la mía, que hace más de un cuarto de siglo nos decía (16): «Los frutos producidos por nuestro régimen hipotecario han alcanzado dimensiones insospechadas. No sólo se ha conseguido una reducción de interés en los préstamos garantizados por la inscripción en el Registro, sino que la creación del Banco Hipotecario y la de otras instituciones crediticias, como el Banco de Crédito Industrial, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, etc., han dado lugar al empleo y disfrute de cantidades enormes que se prestan en condiciones ventajosísimas, tanto en cuanto a los plazos como en cuanto a la cuantía de los intereses y al escalonamiento de las amortizaciones. La movilización de capitales ha sido extraordinaria, y gracias a ella, es decir, gracias a la Ley Hipotecaria, se han podido realizar las grandes obras públicas y especialmente la construcción de ferrocarriles y de centrales hidroeléctricas, la transformación urbana de Madrid, el ensanche magnífico de Barcelona, las reformas interiores de Valencia y Sevilla y otras innumerables mejoras urbanísticas que dan a muchas ciudades españolas un aspecto moderno infinitamente superior al de la mayoría de las poblaciones de Italia y Francia, en las que no se ha podido emplear a fondo la poderosa palanca de los créditos hipotecarios. La gran industria ha logrado ampliar y mejorar sus instalaciones. En el orden agrario no han sido menores los beneficios dimanantes de la Ley Hipotecaria; basta recordar el aumento de regadíos en el Levante español, conseguido en gran parte por el alumbramiento de aguas obtenido mediante el hábil empleo del crédito territorial. Y, por último, ésta ha contribuido a la lenta, silenciosa y eficaz redistribución de la propiedad rústica..., que ha ido pasando a manos de los cultivadores por medio de compras a plazos afianzados con hipoteca.» A este revelador panorama habría que añadir, como es sabido por todos los profesionales del Derecho, que la construcción de las autopistas, que tanto han contribuido a mejorar nuestra red viaria, así como el acceso a la propiedad de inmuebles por las clases menos favorecidas de la sociedad, se han apoyado también en el crédito hipotecario.

(16) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra ya citada, pág. 14.

Y es revelador hacer constar que, tanto en Italia como en Francia, ya que a ambas naciones se refirió GENOVÉS, se han apresurado en estos últimos tiempos a modificar sus sistemas hipotecarios en el sentido de hacerlos más eficaces y técnicos, con lo que se acercan a nuestro sistema. Así lo han hecho la mayor parte de las naciones cultas de origen latino, en las que hubo recepción del Derecho romano. Puede citarse la República Argentina, que está sustituyendo el primitivo folio personal por el más técnico folio real, lo que permitirá posteriormente un sistema registral de superior potencia. Excepción a lo expuesto son los Estados Unidos, que influidos por el Derecho consuetudinario anglosajón y dominados por trusts de sociedades anónimas de fuerte sabor capitalista, resuelven estos problemas a base de seguros y duras leyes punitivas; pero esta solución no es satisfactoria, puesto que el seguro sólo indemniza al que por un anterior y mejor derecho pierde la finca adquirida, pero no inmuniza la adquisición, como en nuestro sistema registral, en donde quien adquiere de buena fe, a título oneroso y amparado por lo que publica el Registro, tiene la seguridad de que su adquisición es irrevocable y nunca se verá privado de la propiedad del inmueble.

Es necesario hacer constar, como consecuencia de lo expuesto, que la hipoteca como tal derecho real en nuestro sistema nace por su inscripción en el Registro de la Propiedad, según el artículo 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil. Por lo que sin dicha institución registral no hubiera sido posible la gran difusión del crédito real.

Pero en la actualidad no sólo el crédito real se basa en los pronunciamientos registrales. Es curioso observar que la mayor parte de las entidades crediticias, bancos, cajas de ahorro, financieras, etc., no conceden *créditos personales* sin la previa manifestación registral del contenido del Registro de la Propiedad, negándolo en el caso de no figurar con fincas inscritas el peticionario. Esto demuestra el valor que adquieren los inmuebles por la inscripción y, a la vez, la confianza de los acreedores en el sistema, ya que permite o facilita el cobro de la deuda mediante la ejecución de la misma con la cobertura registral.

2. Estabilización jurídica

La estabilidad y seguridad que en el orden de la vida del derecho, y más concretamente en su aspecto judicial, ha logrado la Ley Hipotecaria es bien patente. La ayuda que presta a la Administración de Justicia tiene dos vertientes bien definidas y que conviene resaltar, que son:

- A) El aseguramiento de sentencias; y
- B) La colaboración procesal.

A) Aseguramiento de sentencias

Uno de los más graves problemas que afectaban a la Administración de Justicia, antes del sistema registral, y que como cáncer maligno corroía sus cimientos y hacía vacilar la fe que en ella debe depositar la sociedad, consistía en que las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, en su mayor parte, no podían ser ejecutadas o cumplidas sobre los bienes inmuebles litigiosos. Las cargas ocultas de las fincas, las sedicentes tercerías de dominio o los actos maliciosos de los demandados las hacían estériles.

Ni la llamada vía de asentamiento, que desde las Partidas hasta la Novísima Recopilación se aplicaba en nuestros procesos contenciosos, pudo acabar con el mal; al contrario, en muchos casos lo empeoraba, puesto que el apoderar al demandante sobre los bienes del emplazado daba lugar a perjuicios irreparables que hacían peor el remedio que la enfermedad. Por otra parte, los embargos o secuestros de inmuebles por deudas civiles o responsabilidades penales, para que tuvieran efectividad real, ocasionaban la pérdida de la posesión del dueño de los mismos, es decir, daban lugar al desplazamiento de la posesión en favor del demandante, lo que producía no pocas veces quebrantos económicos superiores al importe de la deuda reclamada.

No es necesario investigar muy a fondo en el derecho anterior para llegar a la conclusión de que la situación era, sin ninguna hipérbole, caótica. Sin necesidad de acudir a fuentes jurídicas, se pueden citar las opiniones que en este punto merecían a nuestros escritores clásicos costumbristas. QUEVEDO (17), con su conocido desenfado, decía que «cuando nosotros ganemos el pleito, el pleito nos ha perdido a nosotros. Los letrados defienden a los litigantes en los pleitos, como los pilotos en las borrascas en los navíos, sacándoles cuanto tienen en el cuerpo; para que si Dios fuere servido lleguen vacíos y despojados a la orilla».

El nombre de Escribanía daba lugar al siguiente párrafo (18): «¡La Escribanía!... Nombre fatídico y misterioso que, mucho más complicado que el enigma de Thebas, nadie acertó debidamente a descifrar. En aquel estanco de negocios, en aquel laberinto de las solicitudes, en aquel telar de las providencias, almacén de justicia y sumidero de derechos, en aquella caverna de las conspiraciones, plantel de curiales y

(17) FRANCISCO DE QUEVEDO Y VILLEGAS: *La hora de todos*. Tomo III, página 149. Imprenta de Enrique Trujillo. Cervantes, 22. Madrid, 1845.

(18) *Los españoles pintados por sí mismos*. Madrid, 1845. I. Boix, Editor, Carretas, 8; pág. 202.

brocal del Averno mismo, en aquel recinto oscuro y estrecho con sus murallas de legajos y sus parapetos de pergamino... se da audiencia por pocos minutos» (19).

La situación era tan deficiente que, en el año de 1853, y por el marqués de Gerona, ministro de Gracia y Justicia a la sazón, se dictó la ya famosa «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria», que influyó notablemente en la reforma, dos años después, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Hipotecaria fue el principal factor que, colaborando con la de Enjuiciamiento Civil, varió por completo ese panorama desolador. Efectivamente, la legislación hipotecaria crea el asiento llamado de anotación preventiva, en sustitución de las llamadas hipotecas judiciales, que en sus diferentes especies asegura el procedimiento judicial ejecutivo y hace efectivas las sentencias dictadas por los Tribunales.

La anotación preventiva de la demanda que ejercita acciones reales o *cuasi reales (jus ad rem)* garantiza al demandante que, si obtiene sentencia favorable, pueda ser cumplida, ya que todos los actos o contratos que con posterioridad a la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad haya podido celebrar el demandado de buena fe o maliciosamente ceden ante su derecho que provisionalmente anunciaba la propia anotación. Pues evita que surja un tercero protegido por la fe pública al constar registradas las causas de la posible anulación del derecho del demandado o titular registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Esta clase de anotación preventiva viene recogida en el número primero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que establece que podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro correspondiente el que demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Sus efectos están regulados por el artículo 198 del Reglamento, y no es necesario para este trabajo su comentario. La importancia de esta clase de anotación es bien sabida por letrados en ejercicio, y raro es inter-

(19) RAMÓN DE LA RICA ARENAL citaba a fray Antonio de Guevara en el *Villano del Danubio* en estos términos: «El litigante llegaba al Tribunal quejándose de uno y se tornaba a casa quejoso de todos, maldiciendo sus tristes hados y clamando a sus dioses justos». Y también a Marcelo Martínez Alcubilla, en el *Diccionario de la Administración española*, que dice: «Muchos litigantes se encontraban frecuentemente como remate de las contingencias de un litigio, a cambio de sin-sabores y amarguras sin cuento, con una declaración de derechos perfectamente estéril, que si lograba satisfacer las platónicas exigencias de la Justicia, no ciertamente las legítimas aspiraciones del vendedor, el cual no acudió a la aventura judicial para obtener el reconocimiento de su derecho puramente nominal, sino para lograr el tranquilo goce y disfrute de algo efectivo.» Ambas citas pueden verse en la conferencia antes citada.

poner demandas sobre bienes inmuebles inscritos sin solicitar en las mismas la anotación correspondiente en el Registro.

Otra clase de anotación preventiva que tiende al aseguramiento de resoluciones judiciales es la de embargo. Antes de la Ley Hipotecaria los embargos judiciales, ya preventivos, en juicio ejecutivo o en ejecución de sentencias, eran cargas ocultas de los inmuebles, eran a modo de hipotecas judiciales carentes de publicidad. La Ley Hipotecaria sustituye estas hipotecas o embargos esotéricos por la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, con lo que se purifica totalmente el panorama, pues los inmuebles sólo están gravados con los embargos o cargas judiciales que figuren anotados en el Registro correspondiente a efectos de tercero, es decir, que nadie puede hacer valer un embargo no anotado sobre finca inscrita, contra el adquirente oneroso y de buena fe. Cualquier acreedor, aunque fuere por obligación personal, obtiene preferencia para el cobro de su crédito en virtud de la anotación de embargo sobre cualquier otro acreedor posterior, aunque fuere por derecho real, si bien no la obtiene sobre los acreedores anteriores de igual o mejor especie no anotados.

En resumen: el acreedor tiene la seguridad de que su crédito; al llegar a su término la ejecución, se hará efectivo con la garantía que le presta la anotación preventiva del embargo trabado. Esta anotación está admitida por los números segundo y tercero del artículo 42 de la Ley, y de su regulación se ocupan los artículos 140, 141, 144, 165 y 166 de su Reglamento.

Todavía pueden citarse otras anotaciones preventivas que tienden a asegurar las resultas de resoluciones judiciales como las de prohibición de enajenar y las llamadas de incapacidad (números cuarto y quinto del artículo 42). La prohibición de enajenar impuesta judicialmente sería ilusoria en la práctica si no se anotara preventivamente en el Registro de la Propiedad, puesto que tratándose de una incapacidad objetiva o relativa a determinado inmueble inscrito (modo de estar los bienes) y no implicar, por tanto, una incapacidad subjetiva o de su titular, sólo puede surtir plenos efectos constando anotada en el folio registral de la finca o fincas cuya prohibición de enajenar se decreta. Si, por el contrario, no constara inscrita, el subadquirente oneroso y de buena fe de las fincas sería mantenido en su adquisición.

Por último, la anotación preventiva de demanda de incapacidad, constituida mediante resolución judicial, es decir, no natural, como son la edad, la enfermedad, el sexo, etc., asegura la inmutabilidad de los bienes inscritos a nombre del presunto incapaz mientras dure el juicio sobre la declaración de la misma y no sea inscrita, y evita, por consi-

guiente, el que pueda surgir un tercer adquirente protegido por la fe pública registral, como lo puso de relieve en esclarecedor trabajo MARIANO HERMIDA LINARES (20). Un ejemplo aclarará lo expuesto: A, declarado judicialmente pródigo, pero cuya declaración no ha sido inscrita en el Registro y ni siquiera anotada la demanda, vende a B una finca que consta inscrita a su nombre; ni que decir tiene que el contrato de compraventa está viciado de nulidad y que su inscripción no lo convalida; pero si B vende a su vez a C la finca, y éste adquiere de buena fe e inscribe su título, su posición es inatacable, ya que no constaban en el Registro las posibles causas de la resolución del derecho de su transferente.

Todas estas clases de anotaciones preventivas que aseguran los efectos de las resoluciones judiciales, creadas por la Ley Hipotecaria, contribuyen sin duda a la paz jurídico-social y hacen eficaz y efectiva la justicia distributiva.

B) *Colaboración procesal*

Así como los asientos practicados en los libros de los Registros de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), estos mismos asientos, en lógica reciprocidad, prestan a dichos Tribunales inestimables servicios, como la facilitación de pruebas documentales, la simplificación de la prueba del dominio, la apertura de nuevos cauces procesales rápidos y sencillos y, en suma, descargan de pleitos los estrados.

a) Pruebas documentales: Las certificaciones del Registro de la Propiedad, auténticos documentos públicos, facilitan la labor del juzgador, tratándose de contenciosos sobre inmuebles, al manifestar en autos el contenido registral, a veces de valor incontrovertible. Y hay que tener presente que la prueba mediante documento público adquiere cada día mayor importancia y al mismo ritmo que se deprecian las testificales, ante la degradación de los principios morales o éticos. Hoy día en cualquier litigio inmobiliario es necesario aportar certificaciones registrales, e insólita será la resolución que no tenga en cuenta el contenido de las mismas.

b) Simplificación de la prueba dominical: Careciendo de título válido escrito y sin la existencia del Registro de la Propiedad resultaba prácticamente imposible probar en juicio el dominio de bienes inmue-

(20) MARIANO HERMIDA LINARES: «Inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas», en el libro *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad en el año 1973, págs. 108 y sigs.

bles. Había que remontarse, en el tiempo, a los anteriores eslabones de la cadena de los sucesivos propietarios habidos en las diferentes transmisiones efectuadas, lo que se denominaba *probatio diabolica*, por lo difícil de acreditar esos eslabones, la mayoría de las veces perdidos y sin constancia escrita de ellos. Esto explica el gran número de contiendas judiciales sobre acciones reivindicatorias de inmuebles que recoge nuestro antiguo repertorio de jurisprudencia. Actualmente, después de más de cien años de vigencia del sistema registral, el problema de la prueba dominical está prácticamente resuelto en régimen de propiedad inscrita, pues, por una parte, el Registro asegura el dominio, ya que el que contrata de buena fe y fiado en el contenido del mismo tiene la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles (art. 34 de la Ley), y, por otra, el principio riguroso del tracto sucesivo, que tienen que cumplir las diferentes y correlativas transmisiones de los inmuebles inscritos, proporciona a los Tribunales la historia completa de las vicisitudes por las que han pasado.

En resumen: el Registro de la Propiedad ha contribuido de manera decisiva a que los litigios sobre acciones reivindicatorias de inmuebles hayan desaparecido prácticamente. Se litiga sobre servidumbres, desahucios, retractos, validez de contratos, interpretación de cláusulas testamentarias, etc.; pero los que versan sobre la propiedad de bienes inmuebles son desconocidos o al menos anómalos. Únicamente se puede imaginar un pleito de esta naturaleza en el caso, poco frecuente, de la prescripción *contra tabulas* consumada o a punto de consumarse, sin que el titular registral haya hecho cesar tal prescripción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

c) Nuevos cauces procesales: Es digna de señalar la creación, por la legislación hipotecaria, de nuevos procedimientos simplificados en sus trámites y con causas de oposición severamente tasadas que facilitan en grado sumo la labor del juzgador.

La acción hipotecaria debía ser ejercitada por los trámites del procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil; procedimiento que por ser dirigido contra el propio deudor, por disponer de variadas excepciones y ser susceptible de múltiples incidencias, alargaba excesivamente la ejecución y la restaba agilidad. En el llamado procedimiento judicial sumario, creado por la Ley Hipotecaria, y regulado en su artículo 131, la acción es real, va dirigida contra el inmueble hipotecado, no contra el deudor; las causas de oposición al mismo son mínimas y sus trámites están simplificados en lo posible, por lo que su aplicación actual ha desplazado al ejecutivo ordinario. No creo que se constituya hipoteca sin que se pacte la ejecución por el procedimiento hipotecario.

También es digno de destacar el procedimiento que para el ejercicio

de acciones reales, nacidas de los derechos inscritos, regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Este procedimiento con sabor ejecutivo, rápido y eficaz, permite al Juez dictar en breve plazo auto acordando la práctica de cuantas diligencias fueren necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, en el caso de que el demandado no comparezca, no preste la caución que se le señale o no formule, dentro de plazo, la demanda de contradicción. Esta demanda tiene que estar basada en una de las causas que taxativamente marca la Ley y convierte al demandado en un verdadero demandante que debe probar, en régimen de inversión probatoria, cuanto afirme en su demanda contradictoria. El titular registral siempre tiene a su favor la legitimación inmobiliaria, presunción *juris tantum* que deberá ser destruida por el oponente. Por último, la demanda de contradicción, en el caso de que pueda ser interpuesta, se sustanciará por el procedimiento incidental regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todas estas ventajas han logrado que este procedimiento haya tenido una aceptación unánime y ha mostrado su completa eficacia, salvo en casos, no muy numerosos, en que por utilizarse para supuestos diferentes queda desnaturalizado.

3. Seguridad jurídica

No es nueva la consideración del Registro de la Propiedad como órgano que contribuye a la seguridad jurídica. Y no es nueva, pues no hay que olvidar que esta seguridad jurídica fue uno de los fines que se propuso el legislador de 1861, y así consta en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley. Pero la doctrina no había desarrollado sus consecuencias. Fue GALLARDO RUEDA (21) el primero que, hace ya más de un cuarto de siglo, expuso con brillantez la función que en orden a la seguridad jurídica presta o puede prestar el Registro de la Propiedad. Desde un punto de vista teórico, que con los años transcurridos se va haciendo realidad, desechó por inadecuada la concepción del Registro de la Propiedad en función de la protección de intereses exclusivamente privados, encuadrándola en la de orden público.

Efectivamente, la propiedad privada en las actuales circunstancias ha dejado de ser ese derecho omnímodo y exclusivo que formuló el Derecho Romano. Tiene que cumplir una función social, en beneficio de la comunidad, que se inserta en la concepción del orden público, y el Regis-

(21) ARTURO GALLARDO RUEDA: *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad en el tomo de conferencias de dicho año.

tro es instrumento indispensable para ello. Por eso no se puede negar la contribución del Registro de la Propiedad a la doctrina del orden público. Cumple el *suum cuique tribuere*, el dar a cada uno lo que es suyo, puesto que sobre la base real de las fincas va edificando su historia jurídica, para que por todos pueda ser conocida, con lo que, en definitiva, evita litigios y alteraciones de la paz social. Y las leyes sociales que pueda dictar el Estado tienen en el Registro el apoyo y la base más firme para su cumplimiento, como se ha demostrado en las de Concentración Parcelaria, Protección Nacional, del Suelo, Inversiones Extranjeras, Fiscales, etcétera.

Pocos conceptos existirán que hayan sido objeto de tan diversas definiciones como el de la propiedad en su sentido jurídico. Si la propiedad, económicamente considerada, consiste en la relación del hombre con la naturaleza para aplicarla a la satisfacción de sus necesidades, jurídicamente, en su consideración de derecho de propiedad, la idea ya no aparece tan clara y, a fuerza de querer iluminar el concepto, se ha llegado a oscurecerlo. En realidad, la causa de esta confusión estriba en que el concepto jurídico de propiedad, como todo lo humano influido por un espíritu de progresivo desenvolvimiento, ha evolucionado a través de los tiempos, según la Historia lo acredita, en armonía con las necesidades de cada momento; siendo, por consiguiente, imposible fijar con caracteres absolutos y permanentes el concepto de una entidad cuya relatividad se evidencia por las transformaciones profundas que ha experimentado y experimenta. Tan es así que CIMBALI decía que «la organización jurídica de la propiedad se enlaza íntimamente al estado y a las condiciones económicas de la sociedad; por eso, lejos de presentar una forma invariable, ha venido, por el contrario, poco a poco manifestándose bajo formas diversas en perfecto acuerdo con las exigencias de la civilización».

Los romanistas solían seguir un criterio de enumeración o lista al definir el derecho de propiedad, fijando el concepto de ésta por la indicación de las facultades que la integraban. Así, DONELLUS (22) la definía como el derecho a la posesión de una cosa, a su conservación, a su uso, a la exclusión de los demás en el disfrute de la misma y a su enajenación, menoscabo y destrucción. Otros enumeraban menos facultades: poseer, usar y abusar, enajenar y reivindicar. Pero este sistema de enumeración de facultades es propenso fatalmente a exclusiones indebidas, por lo que los civilistas posteriores optaron por dar un concepto general (sistema de definición) en el cual pudieran contenerse todas las facultades que de hecho confería el derecho de propiedad al propietario, su titular.

(22) DONELLUS: Comentarios *De jure civile*.

Es entonces cuando se dice que la propiedad es «el pleno poder o poder absoluto de una persona sobre una cosa corporal» o «la posibilidad jurídica de ejercer sobre una cosa todos los derechos concebibles». Para SAVIGNY, PUCHTA y sus discípulos la propiedad es el derecho de dominación sobre las cosas que comprende todas las facultades relativas a las mismas.

El *dominium* romano, la *plena in re potestas*, es la fórmula en que cristalizó históricamente la concepción individualista de la propiedad. Nuestra Ley de Partidas (23) definía al dominio o señorío como «poder que ome ha en su cosa de facer de ella e en ella lo que quisiere, sugund Dios e segund fuero». La Declaración de los Derechos de la Revolución Francesa decía que «la propiedad es un derecho inviolable y sagrado» (24); el Código Napoleónico, que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta», y nuestro Código, como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

La consecuescia que se deriva de esta concepción de la propiedad es que el propietario tiene el derecho de obrar y no obrar, es decir, de gozar, usar y disponer y de no gozar, no usar y no disponer. Mas no tardó mucho la opinión científica en reaccionar (25), y así, BEMMELEN (26) reconoció que «la propiedad, en caso de conflicto con la pública utilidad, debe subordinarse a ésta, y que es bueno que se someta a las limitaciones generales señaladas por la ley en interés social».

El cambio sufrido por el concepto de la propiedad no sólo es debido a que actualmente es inimaginable un derecho totalmente absoluto, si no que la ordenación jurídica de la propiedad es el reflejo de las condiciones sociales. Antes de seguir adelante quiero aclarar que no se puede negar el derecho de propiedad y que no se pueden compartir las teorías proudhonianas, que son tan irreales como de la realidad lo están los sueños utópicos de Fourier. Por el contrario, el deseo de hacer pesar nuestro poder sobre el mundo exterior, de usar en provecho nuestro las cosas susceptibles de apropiación, es un movimiento de ánimo natural en el hombre, instintivo e innato, que encuentra su primera manifestación en la infancia, cuando el niño, extendiendo sus débiles manos, para

(23) Ley Primera, Título 28, partida III.

(24) Artículo 17.

(25) Y ha reaccionado porque el fundamento de la propiedad en un tiempo no es el mismo que el de los anteriores. Con razón nos decía Summer Maine en su Derecho antiguo que la causa más grande de los errores en las cuestiones de Derecho está en creer que los motivos que nos determinan hoy a mantener una institución tiene, necesariamente, algo de común con los sentimientos que en otro tiempo la crearon.

(26) BEMMELEN: *Nociones fundamentales del Derecho civil*.

asir cuanto a su alcance se ofrece, balbucea: mío, mío... Por eso puede decirse que la propiedad es una categoría humana, de orden natural, en su esencia imperecedera, y que su desaparición no es precisa para el logro de las reivindicaciones por que luchan las clases desheredadas.

La propiedad, por tanto, ha de ser útil no sólo al interés individual, sino también al colectivo, para lo cual debe cumplir la función social, que en síntesis consiste en el cumplimiento por parte del titular del derecho de los deberes que la utilidad de la sociedad le impone. Por eso el abuso de ese derecho es perfectamente ilegítimo, o mejor dicho, injusto (27).

Para el cumplimiento de la función social de la propiedad no es necesario llegar a la socialización de la propiedad privada. Lo que sí es necesario es que si la propiedad respondía anteriormente a una necesidad económica, en nuestros días esta necesidad económica se ha modificado profundamente, luego también es preciso modificar la propiedad, institución jurídica. Se puede afirmar que la propiedad sin deberes carece de porvenir; no se hace colectiva, pero se extiende en el sentido del cumplimiento de su función, que no es otra sino la satisfacción de los fines sociales e individuales a los que se afectan determinados bienes.

La historia de la propiedad es en el fondo la historia de la persona humana. Como dice MIRAGLIA, la propiedad es la libertad aplicada a las cosas, así como la libertad no es, en suma, sino el dominio de sí mismo. El hombre al principio vive en comunidad; luego precisa con entera autonomía su individualidad, y, por último, tiende a armonizar racionalmente su aspecto individual con el social. Las mismas fases exactamente ha recorrido la propiedad, y por eso el problema es el hallazgo de la fórmula que concilie el régimen de la propiedad individual con las exigencias de la colectividad.

Nuestro Código tiene ligeros atisbos de esa función social; claro que las limitaciones a la propiedad sancionadas por el mismo, dada su antigüedad, tienen un carácter meramente negativo y están acordadas para evitar que los actos del propietario perjudiquen o dañen a los demás, es decir, que en virtud de ellas el propietario no puede hacer determinadas cosas; además, se dan en favor de otros propietarios por regla general.

Pero esto no es lo que exige la moderna tendencia social, ni con ello puede satisfacerse; sería necesario que dichas limitaciones respondieran a un fin positivo, o sea que en su virtud se obligara al propietario a realizar aquellos actos que el interés social exige.

(27) El Pontífice LEÓN XIII admite en su conocida encíclica *Rerum novarum* la función social al decir que «por muy dividida que esté en propiedades privadas la tierra, no deja de servir a la común utilidad de todas, considerando que no hay persona entre los mortales que no se alimente del producto de los campos».

En resumen: como todo derecho tiene en sí mismo un límite inmanente, que es el deber a él anejo, que son las restricciones del derecho individual en beneficio del social, del concepto de la misma propiedad se deriva la función social, sin que pueda considerarse como excepción o anomalía.

Pues bien, para el cumplimiento de esta función social, que entra de lleno en el llamado orden público, el Registro de la Propiedad es institución muy valiosa, pero, según GALLARDO RUEDA precisaba, sería conveniente, en la medida que reclama su naturaleza, aceptar dos premisas fundamentales:

- 1) La obligatoriedad de la inscripción; y
- 2) La eficacia civil plena del contenido del Registro y la calificación registral.

En cuanto a la primera premisa, no sin reconocer que sería deseable y hasta beneficiosa, hay que convenir que, dada la diversidad de nuestra geografía, donde coexisten minifundios y latifundios, la diferencia de desarrollo económico y cultural, y la falta de un Catastro en consonancia real con el Registro y aun con la misma realidad, parece difícil llegar a esa deseada meta. Esperemos que la nueva Ley de Coordinación del Catastro y del Registro sea la primera piedra en este edificio.

En cuanto a la segunda premisa, conviene diferenciar el contenido jurídico del Registro, el que atañe a la constitución, modificación y extinción de los derechos reales, del contenido fáctico o de hecho, que se refiere a los datos físicos de los inmuebles, tales como cabida, linderos, situación, etc., puesto que su tratamiento legal es diferente.

Los datos jurídicos que suministran los libros registrales, en cuanto a tercero se refieren, son incontrovertibles, están protegidos por la presunción *juris et de jure* derivada de la fe pública registral y no admiten prueba en contrario, según determina el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre el que gravita todo el sistema inmobiliario.

Por lo que a los datos físicos se refiere, el tratamiento del contenido del Registro es diferente. La fe pública no los ampara y ceden, por tanto, ante la realidad extrarregistral. Forzosamente debe ser así, ya que, dada la falta de un real soporte físico, basado en datos catastrales de absoluta fidelidad, produce a veces la inseguridad objetiva de los derechos reales. Pero lo que no se puede decir, sin menoscabo de la institución, es que los datos físicos de los inmuebles que constan en sus respectivas inscripciones de nada valen ni de nada sirven, pues si bien no están protegidos por la fe pública registral, como se ha dicho, sí lo están por la legitimación general del sistema, en virtud de la cual deben tenerse por exactos y ver-

daderos mientras no se pruebe lo contrario, es decir, mientras no se demuestre que la realidad extrarregistral es diferente. Tienen, pues, a su favor una presunción *juris tantum* que como principal efecto en este caso, produce un desplazamiento de la prueba hacia el que quiera desvirtuarlos o contradecirlos (28).

En cuanto a la calificación registral, verdadero corazón del sistema y principal instrumento del mismo, función legitimadora del Ordenamiento civil no contencioso, que presta inestimables servicios no sólo a la comunidad, sino también al Estado, hay que seguir enmarcándola en su naturaleza de jurisdicción voluntaria, ya atribuida desde el principio por los hipotecaristas clásicos, y en su consecuencia debe estar dotada del valor jurídico que tienen los actos de su misma especie: son firmes si no son recurridos por la vía contenciosa.

Por lo expuesto, hay que convenir, siguiendo a GALLARDO RUEDA, que el Registro de la Propiedad no es una institución simplemente homologadora, al servicio de intereses privados, sino una institución en defensa del orden público, de mantenimiento de la seguridad jurídica en general, puesto que proporciona inmediatamente a los posibles contratantes la información necesaria para la defensa de sus intereses. Y con ser ésta una función importante, aún llena otra que lo es más: la de contribuir poderosamente a crear esa necesaria conciencia pública de que, al menos, en cuanto a las relaciones jurídicas inmobiliarias, es posible conocer de modo fácil y seguro el *status* vigente. Con ello sirve en primer término al orden público, sin perjuicio de contribuir también a la realización de la justicia.

En resumen: cuando las normas del Derecho Privado se apoyan en una institución como el Registro de la Propiedad, que mediante la función calificadora procura su exacto cumplimiento, se realizan los postulados de la Justicia.

4. *Modo de adquirir la propiedad*

En nuestro derecho la propiedad de manera derivativa se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, según se establece en el artículo 609 del Código Civil. Es decir, rige la llamada teoría del título y el modo, cuyo origen se remonta al Derecho Romano.

El título, compraventa, permuta, etc., engendra un derecho obligatorio de transmitir la cosa; pero el contrato no está perfeccionado hasta que dicha transmisión no se realiza mediante la entrega o puesta en

(28) Esta doctrina está avalada por algunas sentencias del Tribunal Supremo. La principal es una del año 1952, de la que fue Ponente el muy ilustre Magistrado don Celestino M. Valledor.

posesión de la cosa al adquirente (art. 1.462 del Código Civil). Título, el contrato; modo, la tradición o entrega. Esta teoría del título y el modo apasiona a los civilistas, pues unos la consideran artificiosa y sin realidad alguna, y otros, por el contrario, la conceptúan fundamental.

Ha sido constante preocupación de todos los pueblos y en todos los tiempos, por remotos que sean, la de hallar fórmulas válidas para que la transmisión del dominio, arquetipo del derecho real, fuera conocida no solamente por los afectados directamente, como es obvio, sino también por los demás miembros de la comunidad, que son a la postre los sujetos pasivos del propio derecho real. Por eso los requisitos de la transmisión se han visto rodeados de formalidades publicitarias.

En el primitivo Derecho Romano la tradición era observada rigurosamente. La llamada *traditio brevi manu* consistía en la entrega efectiva de la cosa al comprador sobre la misma. Partía de la preexistencia de la cosa en poder del vendedor y era consecuencia directa del aforismo o regla *nemo dat quo non habet*. Pero no duró mucho por la simple razón de la dificultad que suponía hacer la entrega material de la cosa, dado el grado de complicación que iba adquiriendo la propiedad. Por eso fue sustituida por la denominada *traditio longa manu*, en la cual el transferente se limitaba a asentir en la entrega mediante un signo que la representaba. HEINECIO nos dice que se entrega *longa manu* una cosa cuando se pone a la vista de uno, de manera que no la toque sino con los ojos, y que se entrega *brevi manu* cuando se declara que se quiere dar a uno una cosa que él ya posee; por ejemplo: si habiendo prestado un libro a uno, se lo vendo después y le digo que lo retenga, en cuyo caso es como si lo entregase (29). Pero aún se llegó a mayor simbolismo en la tradición con la llamada *constituto posesionis*, en la cual el propio título servía de tradición.

Este proceso de espiritualización que sufre la *traditio* elimina su primitivo efecto publicitario y traslativo, quedando reducida a un requisito simbólico y formalista. Por ello, RAMOS FOLQUES (30) dijo que «la tradición perdió en el siglo III de nuestra era su carácter publicitario y quedó convertida en un simple requisito de entrega o de *solutio inter partes*, sin eficacia *erga omnes*.

Por lo que respecta al título, también el Derecho Romano fue muy exigente. Baste recordar la institución denominada *mancipatio*, por la

(29) HEINECIO: *Recitaciones del Derecho civil*. Imprenta de Pedro Sanz. Madrid, 1835. Tomo I, pág. 266. Este autor parte del célebre aforismo de que «no se adquiere el dominio por la tradición sin que preceda un título hábil para transferirlo».

(30) RAFAEL RAMOS FOLQUES: *La tradición y el modo*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Ilustrísimo Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

que el contrato debía celebrarse ante cinco testigos, ciudadanos romanos, que representaban al Estado, y el *libripens* o sacerdote, que pesaba el metal, todo ello en acto solemne. Pero fue sustituida en período posterior por la llamada *in jure cessio*, ficción por la cual el nuevo propietario demandaba la vindicación de la cosa comprada ante el Magistrado; el anterior propietario se allanaba a la petición, por lo que el Juez, aceptando la demanda, producía la transmisión de la propiedad. Es de observar que estas dos clásicas instituciones del Derecho Romano compendian el título y el modo, al producir el traspaso del dominio a favor del adquirente.

En nuestro primitivo derecho también se observa la preocupación publicitaria en las transmisiones de inmuebles. MORELL y GAYOSO (31) nos dicen que los fueros de Sepúlveda y Alcalá de Henares recogen la llamada «robración», por la que se establecía la lectura o robración de la venta en el Concejo o en la Iglesia en día de fiesta, hecha por los contratantes de inmuebles. Esta incipiente y rudimentaria publicidad y otras que coexistían, como la insinuación, sólo servía para sociedades rurales, poco numerosas e inamovibles, pero nos demuestra la necesidad sentida en aquellos remotos tiempos de dar certidumbre a las transmisiones inmobiliarias, pues al fin y al cabo todos los miembros de la comunidad tienen el deber u obligación pasiva de respetarlas.

Por otra parte, la posesión o la mera tenencia material de los inmuebles no actuaba legitimando al poseedor como dueño, a diferencia de lo que ocurría con los bienes muebles, ya que dicha tenencia o posesión podía obedecer a relaciones no dominicales, como arriendo, usufructo, mera posesión, etc. El artículo 464 del Código Civil establece que la posesión de los bienes muebles, adquiridos de buena fe, equivale al título. Pero no se puede decir otro tanto en relación con los bienes inmuebles, por lo que se hace necesario la existencia de un sistema publicitario válido para esta clase de bienes. Esto es tan cierto que hay juristas que ven al derecho registral o inmobiliario como un *ius cogens* o derecho necesario, impuesto por la propia esencia de las cosas. Así, GENOVÉS AMORÓS (32) dice que «personalmente creo que el derecho hipotecario o registral es un derecho de carácter necesario; el Estado no puede quedar indiferente ante la situación jurídica de la propiedad inmueble, porque estando asentado sobre un territorio físico en el que radican las fincas, con sus productos, su propio valor y con el sostenimiento de las

(31) RAMÓN GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*. Imprenta Cleto Vañinas. Madrid, 1918. J. MORELL y TERRY: *Derecho hipotecario*. Hijos de Reus. Madrid, 1916. Tomo I, págs 35 y sigs.

(32) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra ya citada.

cargas fiscales, contribuyen a fortalecer la economía y la hacienda del país».

La problemática que suscita la existencia del Registro de la Propiedad, como institución de publicidad inmobiliaria, en relación con la forma de adquirir el dominio, cuyo problema es de la mayor importancia teórica y práctica, es el de si la inscripción ha modificado, anulado o sustituido al modo, tradición o entrega de la cosa, teniendo en cuenta que el Código Civil la declara subsistente.

La doctrina, desde la vigencia de la Ley Hipotecaria, sustentó diversas opiniones, que se podrían sintetizar en dos grandes grupos:

Uno, el que otorga prioridad a la inscripción sobre la tradición, bien porque aquélla es superior a ésta, bien porque la sustituye, bien porque la ignora o bien porque no rige en la propiedad inscrita. Como principales mantenedores de esta postura pueden citarse a MORELL, RAMOS FOLQUES, DE LA RICA y ARENAL, VILLARES PICO, etcétera.

Y otro, que tal vez tenga su origen en una visión predominantemente civilista, sostiene la prioridad de la tradición sobre la inscripción, entre los que destacan ROCA SASTRE, NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ BERDEJO, etc.

No es momento para detenerse a exponer los argumentos de estos ilustres juristas, con los que apoyan sus tesis; para ello me remito al fundamental estudio de MARIANO HERMIDA LINARES (33) sobre la materia. En estos sinópticos esquemas hipotecarios basta con decir que de la observación del funcionamiento real de nuestro sistema, conjugado con las disposiciones legales vigentes y siguiendo el pensamiento de M. HERMIDA que enlazo con las opiniones de RAMÓN DE LA RICA ARENAL (34), lo siguiente:

En nuestro sistema inmobiliario coexisten dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige fundamentalmente por la Ley Hipotecaria, ley especial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 608 del Código Civil; y la segunda se regula exclusivamente por el propio Código Civil, ley general reguladora de todo el derecho privado.

Esto quiere decir que para la propiedad no inscrita es indudable que rige lo dispuesto en el artículo 609 del Código, o sea el título y el modo a efectos de su transmisión. Y también quiere decir que para la propiedad inscrita rige lo que dispone la Ley Hipotecaria en su articulado.

(33) MARIANO HERMIDA LINARES: «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles». Puede consultarse en el libro editado por nuestro Colegio en el año 1973, págs. 161 y sigs., titulado *Problemas fundamentales del Derecho inmobiliario registral*.

(34) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: «Dualidad legislativa de nuestro régimen hipotecario». En el libro homenaje, tomo II, págs. 405 y sigs.

La interpretación, a mi juicio, más correcta que conozco de sus artículos a estos efectos es la que desde el año de 1966 expuso MARIANO HERMIDA en el trabajo antes indicado. Demostró indudablemente que la inscripción es modo de adquirir el dominio cuando se trata de inscripciones amparadas en la fe pública registral. Extractaré su convincente razonamiento: la Ley Hipotecaria no exige la tradición ni para inscribir el título ni para que la inscripción surta todos sus efectos, puesto que el artículo 608 del Código Civil se remite a la Ley Hipotecaria, y ésta no exige la tradición para que se produzcan todos sus efectos. Por tanto, los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición. Entre los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción está, en primer lugar, la presunción de pertenencia de los derechos reales inscritos a favor de su titular en la forma determinada por el asiento (art. 38). Ahora bien, esa presunción de pertenencia del derecho inscrito, que es *juris tantum*, no se puede destruir en las inscripciones amparadas por la fe pública registral ni por títulos no inscritos (art. 32), ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente (art. 34), puesto que se convierte en presunción *juris et de jure*. Y puede añadirse que tampoco se destruye por tradición anterior (art. 1.473 del Código Civil). Todo esto, que es innegable, forma la base de sustentación y la fuerza probante de nuestro sistema.

El mérito de M. HERMIDA radica en haber establecido correctamente las relaciones entre el artículo 609 del Código Civil con el 16, 608 y 1.473 del mismo, y con los artículos 2.º, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. De lo dicho se infiere lo siguiente:

Para la propiedad no inscrita y para la inscrita, pero no amparada por la fe pública registral (inmatriculaciones y adquisiciones a título gratuito) rige el sistema del Código Civil en su artículo 609, o sea el título y la tradición. Para la propiedad inscrita, y cuyas inscripciones están amparadas por la fe pública registral (segundas o posteriores inscripciones practicadas después de dos años desde la inmatriculación del inmueble, derivadas de título oneroso), no rige el Código Civil, porque es el mismo Código el que reconoce la primacía de la Ley Hipotecaria; y las disposiciones de ésta dotan a la inscripción amparada por la fe pública registral de unos efectos prácticos que no necesita de la tradición, a la que además no menciona o ignora.

Por último, es conveniente recordar que la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria dice: «... de hecho para la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo (título y modo). Así, una venta que no se ins-

criba ni se consuma por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si no se inscribe, aunque se obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.» Esta doctrina legal no sólo sigue vigente, sino que se ha visto reforzada en las posteriores reformas de la Ley, al concretar el ámbito de la fe pública registral. La Exposición de Motivos de la última Ley de reforma dice: «La presunción legitimadora sería por sí sola insuficiente para garantizar el tráfico jurídico inmobiliario, si el que contrata de buena fe y amparado en los pronunciamientos registrales no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles...»

5. *Servicio público*

No han sido muchos los hipotecaristas que han estudiado el Registro de la Propiedad bajo el aspecto de servicio público; y los que lo han hecho tuvieron que poner a contribución todo su saber, puesto que tienden a calificar como servicio público la misión del Registrador, y a éste como funcionario público, calificaciones ambas no muy claras.

Esta aparente contradicción se ha producido en fechas recientes y quizá debida a la hipertrofia del Derecho Público, y más concretamente del Administrativo, pues con arreglo a las concepciones actuales, el Estado va apoderándose de parcelas pertenecientes otrora a la esfera privada y, en consecuencia, quedan desfasadas las opiniones de los hipotecaristas clásicos, que daban el carácter de actos de jurisdicción voluntaria a las funciones registrales.

GONZÁLEZ PÉREZ (35), guiado tal vez por su profunda especialización administrativa, reconoce en la función del Registro de la Propiedad una especie de acción administrativa de servicio público. Pero fue LÓPEZ MEDEL (36) quien en su magnífica tesis doctoral, galardonada con el premio Gascón y Marín del año de 1957, sostiene brillantemente esta teoría.

Partiendo de que la actividad privada no puede, en muchos casos, atender a la demanda que reclaman las necesidades colectivas, surge el llamado servicio público, que en puridad no es más que el conjunto organizado de elementos y actividades que en manos de la Administración, o por su encargo en las de un particular, tienden a satisfacer un fin

(35) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: «Naturaleza del procedimiento registral». En REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949.

(36) JESÚS LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*.

público, bajo la garantía y responsabilidad de ella. GARCÍA ENTERRÍA (37) lo define como una de las formas de la actividad administrativa que se identifica por el dato de la satisfacción en forma directa, de necesidades del cuerpo social, realizando en su favor determinadas prestaciones.

Suelen distinguir los especialistas en derecho público entre función y servicio público, distinción sutil, pero fundada principalmente en que la primera no es delegable en particulares y sí en cambio el segundo, aunque siempre bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración.

¿Coincide la actividad del Registrador de la Propiedad con el llamado servicio público? La función del Registrador es, desde luego, pública; pero en el mismo sentido que lo es la administración de justicia, la dación de fe pública o el ejercicio de la medicina; parece desde luego una función especial o *sui generis* intermedia entre la jurisdicción voluntaria y el servicio público típico. Del servicio público se aparta en muchos aspectos. Uno de los más expresivos es en el atinente al principio de responsabilidad. Todo servicio público se caracteriza porque los actos derivados del mismo que lesionen los derechos de los administrados son de la exclusiva responsabilidad de la propia Administración, sin perjuicio de que pueda repetir contra el funcionario en caso de culpabilidad o dolo; en cambio, en la función registral, los actos que conculquen derechos de los particulares son asumidos o indemnizados por el propio Registrador de la Propiedad (38).

Además, si tenemos en cuenta que la actividad del Registrador consiste básicamente en la calificación de los documentos presentados, para someterlos a registración, y que esta calificación no está tasada por la Administración, es decir, surge de un juicio interno e independiente de la mente del Registrador al estudiar el contenido del título y compararlo con la legalidad vigente, lo que decide su actuación, tampoco tiene encuadre en el marco administrativo, y sí más bien en la de actos típicos de jurisdicción voluntaria, como sostienen la mayor parte de los hipotecaristas, desde JERÓNIMO GONZÁLEZ, VILLARES PICÓ, RAMOS FOLQUÉS, etcétera, hasta llegar a CHICO ORTIZ. Creo que esta opinión, a pesar de las corrientes modernas, es teoría dominante. JERÓNIMO GONZÁLEZ (39), cuya altura científica nadie desconoce, decía que el Registrador de la Propiedad, en que el Estado ha delegado la potestad calificadora, es un órgano de la llamada jurisdicción voluntaria. Sigue diciendo que los

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho administrativo*. Tomo I. Artes Gráficas Benzal. Virtudes, 7. Madrid.

(38) Ver Ley Hipotecaria, artículos 296 al 312, y su Reglamento, artículos 572 al 584.

(39) JERÓNIMO GONZÁLEZ: en REVISTA CRÍTICA DE DEDECHO INMOBILIARIO del año 1927, pág. 597.

más antiguos autores de Derecho hipotecario colocaban las funciones del Registrador entre las judiciales y las administrativas, por tener de las primeras el examen y apreciación de la prueba documental y la decisión sobre cuestiones civiles, así como la elasticidad, rapidez y menor solemnidad de las segundas. Y son de jurisdicción voluntaria por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias. El Registrador en su función decide: *a)* sobre su competencia, bien por razón de lugar (enclave de los inmuebles) o bien por razón de materia (calificación de la naturaleza de los bienes); y *b)* sobre el fondo y la forma del título (en los términos que expresa el art. 18 de la Ley Hipotecaria); lo cual parece indicar que nos encontramos ante una función puramente judicial. Pero falta en esta jurisdicción las formalidades rígidas de la justicia clásica o contenciosa; es más bien, como dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ, un procedimiento patriarcal, sencillo y sin la fuerza de la cosa juzgada. Por todo eso fue incluida en la jurisdicción voluntaria.

Actualmente, aunque no pueda ser mantenida en su integridad la asimilación a la jurisdicción voluntaria, por el gran y patente avance del derecho administrativo, que engloba en su esfera a toda clase de funciones, tampoco puede verse en la función registral un servicio público por antonomasia, ya que, a mi juicio, tiene en contra lo siguiente:

- 1) El principio de rogación: El Registrador inicia el procedimiento registral en virtud de la petición del interesado (40) que solicita el asiento correspondiente, regulada por las normas de la jurisdicción voluntaria.
- 2) El principio de legalidad: El Registrador somete el título a la obligada calificación, de la cual surge no sólo el asiento y la clase del mismo, sino también la suspensión o denegación de su registración. Esta actividad es un acto libre, independiente, a modo de conclusión de un silogismo, cuyas premisas son el contenido del título y la legislación vigente. Se asimila indudablemente a una resolución, en primera instancia, ya que contra el criterio negativo del Registrador cabe recurso en superior instancia (Audiencia Territorial), dictada en acto de jurisdicción voluntaria.
- 3) El principio de inscripción voluntaria: La inscripción no es obligatoria ni necesaria, normalmente, para la existencia del derecho; al contrario, es el propio interesado el que

(40) Para saber quiénes son los que pueden pedir la iniciación del procedimiento registral, ver el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria.

decide acogerse a la protección registral. No hay, por tanto, la nota de generalidad, que debe ser típica en el servicio público.

- 4) El propio contenido del Registro: Que viene determinado por derechos subjetivos de tipo civil, como son los derechos reales sobre bienes inmuebles, materia alejada del campo del derecho administrativo.
- 5) La responsabilidad personal del Registrador: Los perjuicios que de la actuación del Registrador se deriven para el interesado tienen que ser indemnizados por el mismo Registrador, aunque sean motivadas por una aplicación errónea de su criterio. Es decir, si el Registrador cancela indebidamente un derecho, éste renace a su costa; si impone un derecho limitativo del dominio no procedente, este dominio recupera todo su valor a costa del Registrador; en fin, si certifica indebidamente sobre el contenido registral, lesionando el interés del particular, debe pagar las consecuencias. La Administración nunca es responsable de la actuación del Registrador. Esto no sucede en el verdadero servicio público, donde la Administración responde frente a las reclamaciones de los interesados o administrados y por los perjuicios que les pudiera irrogar.

Una vez vista someramente, y a mi juicio, la naturaleza de la función registral, hay que detenerse brevemente a calificar al propio Registrador. No hay duda de que es un funcionario que desarrolla una actividad especial, alejada del servicio público, pero ¿es en sí mismo un funcionario público?

Conviene hacer notar que el vocablo de funcionario público, en sentido vulgar, es un término muy amplio, en el que cabrían todas las personas que desempeñan funciones de tipo público, como, por ejemplo, jueces, catedráticos, militares, procuradores, concejales y aun los más variados oficios. Y si a esta concepción tan amplia se le añade el que su perfil jurídico sigue algo impreciso, puesto que la legislación positiva vigente no es unánime en su determinación taxativa, resulta difícil encuadrar la figura del Registrador.

En nuestra legislación se define de forma diferente al funcionario en Derecho administrativo, en Derecho penal o en el moderno Derecho social. ROYO VILLANOVA consideraba funcionario público al que pone su actividad personal al servicio de fines de interés público. Para el artículo 119 del Código Penal es funcionario todo aquel que por disposición de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad compe-

tente participa en el ejercicio de funciones públicas. Para la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 son funcionarios públicos de la Administración Pública las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribución, regulada por el Derecho administrativo. Y perciben sus sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado. Con esto se puede decir que el Registrador no está incluido en el arquetipo de funcionario civil del Estado.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y JOSÉ A. ESCALANTE (41) los funcionarios públicos pueden clasificarse en tres fundamentales grupos:

- A) Funcionarios del Estado.
- B) Funcionarios de Organismos autónomos; y
- C) Funcionarios de la Administración Local.

Dentro del primer grupo, y por sus distintos regímenes, distinguen a su vez los siguientes subgrupos: 1) De la Administración Civil del Estado. 2) De los Servicios Sanitarios. 3) De la Administración de la Justicia. 4) De la Jurisdicción del Trabajo. 5) De la Administración Militar. 6) Del Personal Militar; y 7) Otros funcionarios.

El Registrador de la Propiedad tiene que ser encuadrado, por exclusión, en el último apartado de «otros funcionarios», ya que en los anteriores no es asimilable. La propia Ley de Funcionarios Civiles del Estado, como ya se ha dicho, en su artículo 1.º, dice que los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo. Y excluye de su ámbito a: 1) Los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. 2) A los de los Organismos autónomos; y 3) A los que no perciben sueldos o asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Dentro del grupo «otros funcionarios» se integran, según GARCÍA DE ENTERRÍA, en primer lugar, determinadas categorías de personas que prestan servicios a la Administración con carácter no profesional, es decir, no haciendo de la función pública su medio normal de vida. Y existen otras categorías de personas que desempeñan su función de forma similar a profesionales libres, aunque ejerciten funciones públicas, y que no perciben su remuneración con cargo a los Presupuestos del Estado, sino directamente de los particulares, mediante honorarios o arancel, entre los que incluye a los Registradores de la Propiedad. La opinión de CHICO ORTIZ (42),

(41) GARCÍA DE ENTERRÍA y J. A. ESCALANTE: *Legislación administrativa básica*. Madrid, 1975.

(42) JOSÉ CHICO ORTIZ: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*. Marcial Pons. Madrid, 1977-78; pág. 54.

aun con diferentes palabras, es coincidente con la expuesta, ya que dice que si bien el Registrador recibe su investidura del Estado y, por ende, la función, actúa en nombre propio, no en nombre de la Administración.

Por todo lo expuesto, puede definirse al Registrador como un funcionario especial, no adscrito a la Administración Pública, que ejercita una función intermedia entre la pública y la de jurisdicción voluntaria y que no percibe sus emolumentos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Por último, conviene decir en este esquema que todo servicio público emanado de una determinada Administración pública o estatal participa, por regla general, de la propia filosofía política de ésta (43). Pero este fenómeno no alcanza al Registro de la Propiedad, puesto que en cuanto a su organización, efectos y fines depende exclusivamente de la legislación civil inmobiliaria que en materia del dominio y demás derechos reales implante la nación, pero es indiferente al régimen político del Estado y aun a la concepción del mismo derecho de propiedad. Por eso el Registro de la Propiedad existe en países tan diferentes como Polonia, Chile, República Democrática Alemana, Italia, Méjico, Bélgica, Cuba, Argentina, etc. Su existencia depende sólo del grado de cultura y desarrollo publicitario del país de que se trate.

Nuestra Constitución no sólo reconoce la publicidad, en sus diferentes aspectos, sino que provee el bien común, la intersolidaridad, el buen uso del derecho de propiedad y sus limitaciones, todo lo cual tiene en el Registro de la Propiedad el medio idóneo para su cumplimiento.

6. *Control y cumplimiento de las leyes*

Las leyes que ordenan el derecho privado, como son las relativas a la persona, familia, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos, son de inexcusable cumplimiento, como cualesquiera otras, pues llevan aparejada la sanción que por definición corresponde a toda disposición de ese rango, legítimamente promulgada. Pero al carecer, normalmente, de la específica sanción penal o económica común en las leyes procesales, administrativas o fiscales, son de más frecuente incumplimiento; y éste es perturbador, pues produce en el ámbito de tal derecho la inseguridad propia de lo antijurídico.

Cuando no se observan los requisitos determinados por las leyes civiles para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas se

(43) CLAVERO ARÉVALO: *Las fórmulas políticas y la Administración del Estado*. Separata de *Estudios Americanos*, núm. 13, págs. 20 y sigs. Este autor estudia las formas de la Administración pública siguiendo las doctrinas políticas.

producen situaciones anormales o actos carentes de validez, pero que tienen una apariencia de legalidad, para el profano, totalmente indeseable. A través de mi ya dilatado ejercicio profesional he podido ver, y los cito a vía de ejemplo, contratos faltos de solemnidades de fondo o de forma, como ventas de bienes de menores sin las formalidades legales, disposiciones de inmuebles de ausentes sin los requisitos necesarios, herencia sin las aprobaciones pertinentes, donaciones de estimable valor en documentos privados y, en fin, contratos otorgados por sedicentes apoderados verbales.

El Registro de la Propiedad es, sin género de dudas, la institución más apta para evitar esa patología jurídica, pues, como es sabido, todos los actos y contratos que ingresan en el Registro deben cumplir todos y cada uno de los requisitos que las leyes determinan y que la previa calificación registral pone de relieve. Por tanto, no es aventurado afirmar que nuestra institución registral cumple, además de sus propias funciones, la de servir de órgano eficaz de control y cumplimiento de las normas ordenadoras del Derecho Privado.

Pero además existen otras leyes de alto interés social que, sin ser de Derecho Privado, guardan conexión con los bienes inmuebles, y a las que el Registro de la Propiedad presta una inestimable cooperación en su cumplimiento. Se pueden citar, también a vía de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, las de Concentración Parcelaria, la de Inversiones Extranjeras en España, las de Defensa Nacional, las del Suelo, Parcelaciones y Reparcelaciones, las de Retractos Legales, las de Montes, etc., y fiscales, como la de Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones, la de Incremento del Valor de los Terrenos, la de Rentas de Capital, etc., que tienen exacto cumplimiento al pretender los actos a ellas sujetos ingresar en los folios registrales.

Esta palmaria realidad que hago constar está tan lejos de la hipérbole que algunos hipotecarios han expresado el temor de que por ella sufra el fin primordial de la Institución, es decir, que pierda su esencia jurídica y el crédito territorial se resquebraje al entorpecerse las transmisiones dominicales. RAMÓN DE LA RICA ARENAL (44) hizo notar que pudiera suceder que el Registro se convirtiera en un comodín manejado por la Administración pública, estatal, provincial o municipal, para asegurar sus exigencias fiscales o para imponer su creciente intervencionismo en la esfera de las relaciones jurídico-inmobiliarias particulares. Por ello en la última reforma del Reglamento Hipotecario del año de 1959, a su artículo 98 se le adicionó el siguiente párrafo: «Cuando las leyes u

(44) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1959; pág. 109.

otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que, transcurridos dos años desde la fecha del asiento, será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.»

No es ocasión de comentar este precepto, pero sí decir que la mayor parte de las leyes de ese tipo sancionan con la nulidad absoluta la falta del requisito, por lo que su aplicación se ve reducida grandemente, lo cual no es de lamentar, pues el Registro se ve libre de inscripciones condicionales, susceptibles de cancelación de oficio, que pueden originar un mal peor que el que trata de remediar. El servicio que el Registro de la Propiedad presta como órgano de control y cumplimiento de las leyes, a pesar de producirle cierta perturbación en su normal funcionamiento, entra a formar parte de la función social, antes mencionada, y que debe ser hoy día norte que guíe las instituciones jurídicas, por lo que puede ser considerado como otro beneficio más que presta a la sociedad en aras del bien común y del cual puede sentirse orgulloso.

Este control registral del cumplimiento de las leyes, a mi juicio, se inserta en nuestra institución a través de tres de sus características fundamentales, a saber:

- A) Autenticidad.
- B) Legalidad; y
- C) Publicidad, en el sentido de notoriedad pública de los asientos.

Por la primera, o sea por la autenticidad, tenemos la certeza de que los asientos registrales se refieren a actos y contratos que han tenido en su momento existencia real y positiva, lo cual motivó su registración.

Por la segunda, o legalidad, se adquiere una presunción racional de que los asientos del Registro de la Propiedad contienen derechos válidos o adquiridos con arreglo a las disposiciones vigentes y cumpliendo todos

sus requisitos. Para ello el Registrador examina, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, las formas extrínsecas de toda clase de documentos, la validez intrínseca de los mismos y, por último, la capacidad de sus otorgantes. Este examen, llamado calificación, puede estudiarse de modo completo en el didáctico trabajo titulado *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ (45).

Y, por último, la publicidad pone de manifiesto mediante el examen del propio asiento, por simple nota informativa o por certificación auténtica, el contenido del Registro no sólo a los particulares, sino también a la Administración y a sus órganos coadyuvantes.

Estas tres características dotan al Registro de la Propiedad de los medios idóneos para que se cumpla la función de control y cumplimiento de las leyes, que desde su origen estuvo latente y que con el devenir del tiempo ha resultado patente y quizá irremediablemente necesario.

Conclusión

Hemos visto en un rápido bosquejo ejercerse la razón humana en la construcción de la institución publicitaria registral y en la búsqueda de los postulados legales que edifican su teoría. Y por ello creo que se puede apreciar también que ha sido recompensada en su esfuerzo por la conquista de un sistema o forma aceptable, según los esquemas planteados. Pero cada uno de ellos por sí solos son susceptibles de ser tratados tan extensamente que den lugar a verdaderas monografías. Me he limitado a apuntarlos, sin profundizar en los mismos, pues sería una labor demasiado costosa para mis fuerzas y rebasaría con creces el ámbito de un artículo.

Sin embargo, creo que cuando se da forma o se sistematizan los conocimientos, los principios así extraídos nos dan idea de un funcionamiento registral que alcanzó el éxito en el próximo pasado, lo cual incita a confiar en él para el porvenir. Pues siguen vigentes las líneas maestras en que se basa nuestra Institución:

El fin jurídico, que no es otro que el que la propiedad esté suficientemente garantizada para cumplir la función social que le está encomendada; y

(45) Este autor, en el libro indicado, hace un estudio muy completo del campo que abarca la calificación registral, donde se observa claramente la importancia que tiene para el control y cumplimiento de las leyes.

El fin económico, para lograr el mejor aprovechamiento de la riqueza territorial, utilizando el pleno desenvolvimiento del crédito en sus diversas facetas: personal o con garantía del valor de la propiedad individualizada; real o con la clásica e insustituible garantía hipotecaria de los inmuebles, y social, mediante la unión de propietarios, condóminos o agricultores, para resolver por la virtud misma del crédito inmobiliario los problemas de la propiedad rústica o urbana que siguen pendientes.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA

Registrador de la Propiedad

Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El cambio de régimen mediante capitulaciones y derechos de los acreedores:* A. Publicidad de las modificaciones: 1. Publicidad registral: a) Registro de la Propiedad; b) Registro Mercantil; c) Registro Civil.—2. Prevención notarial.—B. Irretroactividad de las modificaciones.—C. Conclusiones críticas.—II. *La liquidación de la sociedad de gananciales y los acreedores:* A. Responsabilidad del patrimonio ganancial.—B. Preferencia de los acreedores: 1. Entre acreedores de la masa común y particulares de los cónyuges —2. Entre acreedores sociales y los cónyuges por los créditos que éstos tengan contra la masa por reintegros e indemnizaciones.—C. Otros derechos de los acreedores.—D. En especial, los acreedores particulares de los cónyuges. Renuncia de gananciales.—III. *El régimen de separación y los acreedores:* A. El régimen primario y los terceros: 1. Responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas para atender las cargas del matrimonio: a) Delimitación de las cargas; b) Extensión de la responsabilidad por cargas.—2. Afección de ciertos bienes al interés familiar. La vivienda habitual.—B. El principio de autonomía y libertad de los cónyuges y protección de los acreedores: a) Supuesto del cónyuge comerciante; b) Normas de protección de acreedores en régimen de separación. Análisis del artículo 1.441 del Código Civil; c) Normas generales de protección de los acreedores.—IV. *Conclusiones.*

INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es el estudio de los problemas que se plantean en relación con los acreedores de los cónyuges cuando éstos cambian el régimen de gananciales por el de separación de bienes.

La elección del tema surge de la preocupación suscitada por el incremento que, a partir de 1975, se produce de pactos capitulares con el

único fin de poner a cubierto el patrimonio común y el del cónyuge comerciante o dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico (1).

Por otra parte, el análisis de la regulación que la reforma de 1981 hace tanto de las capitulaciones como del mismo régimen de separación de bienes, no resulta muy optimista de cara a los acreedores, pues los mecanismos que el legislador les ofrece, más obsesionado por los principios de igualdad y libertad de los cónyuges, resultan, a mi juicio, débiles para luchar contra el fraude.

Y es que el matrimonio, por la confianza intensa y la confluencia de intereses que crea entre los cónyuges, ofrece un campo muy propicio para todo tipo de confabulaciones entre esposos. Hay que reconocer, no obstante, que en ocasiones los pactos capitulares tienen una finalidad lícita, como, por ejemplo, la de proteger el patrimonio de un cónyuge (generalmente el de la mujer) y lograr que sus bienes originariamente privativos, pero que por causa de enajenaciones posteriores quedaron confundidos con la masa ganancial al no poder probarse el carácter del dinero invertido, vuelvan justamente al patrimonio de donde salieron.

Pero hecha esta salvedad, y por supuesto la de aquellos casos en los que las capitulaciones se otorgan para resolver los problemas reales que plantea una separación personal, cuando el matrimonio hace crisis, hay que hacer constar que se observa en los despachos profesionales un crecimiento cada vez mayor del número de matrimonios con tendencia a cambiar el régimen económico matrimonial con la única finalidad de preparar todo un plan minucioso de trasvases patrimoniales, aligerando lo más posible el patrimonio del cónyuge especialmente responsable.

Existe en este campo una cierta laxitud en la conciencia social, que

(1) La Ley de 2 de mayo de 1975, que modificó diversos artículos del Código Civil, dio entrada a los capítulos postnupciales y, por tanto, a la posibilidad del cambio pactado de régimen durante el matrimonio.

La citada ley dio también nueva redacción a algunos artículos del Código de Comercio, y concretamente al artículo 6, en el que se articula cierta limitación de responsabilidad, en cuanto ésta incide sobre los bienes gananciales, ya que entonces se extiende solamente a los que constituyen el patrimonio mercantil y subrogados, en los casos y forma que luego veremos. De este modo, el legislador ha dado un paso adelante hacia la configuración de la empresa individual con responsabilidad limitada, si bien haya que señalar las características especiales que confluyen en el supuesto de aquel precepto, en el que se trata de coordinar el juego de responsabilidades en un régimen de comunidad, en donde coexisten diversos patrimonios. Desde otro punto de vista, hay que reconocer que las dificultades existentes para frenar el efecto atractivo de la presunción de gananciales, formulada hoy en el artículo 1.361 del Código Civil, y también para determinar los bienes procedentes de las resultas del comercio, así como las consecuencias del juego de los consentimientos presuntos de los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, restan importancia a aquella limitación inicial.

alcanza incluso, a veces, a los mismos profesionales del derecho en cuanto consejeros o asesores, en el sentido de considerar con cierta benevolencia que todas las medidas destinadas a conservar el patrimonio del cónyuge, poniéndolo a buen recaudo, son naturales y hasta «posibles» dentro del marco general del Derecho.

Y no son suficientemente disuasorios los argumentos de que el cambio no surtirá efectos respecto a acreedores anteriores, ni el de que las consecuencias pueden ser muy graves para el cónyuge dedicado a los trabajos del hogar, sobre todo si se trata de personas jóvenes, e incluso también para el cónyuge que se pretende favorecer respecto de sus acreedores si el otro cónyuge fallece, con las graves consecuencias que se derivan no sólo fiscales, sino también sucesorias (2).

La Exposición de Motivos del Proyecto de 1981 enviado al Congreso destaca como aspectos económicos y sociales de relieve, en primer lugar, la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualquier contrato, y además la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de los terceros, pero no se refiere a esos medios a través de los cuales se hace patente la protección anunciada, tal como lo hacía la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975.

Se pretende analizar ahora el sistema actual de defensa de los acreedores y comprobar si se logran o no los propósitos que el legislador anunciaba en la Exposición de Motivos referida. Para ello, y teniendo en cuenta que al régimen de separación sobrevenido se llega a través de capitulaciones, por exigencia del artículo 1.325 del Código Civil; que conlleva normalmente la liquidación de la sociedad de gananciales existente, y que en este proceso, los cónyuges pueden ya iniciar una serie de medidas con decidida finalidad fraudulenta, se hará el estudio de las siguientes fases: 1) El cambio de régimen de gananciales por el de separación mediante capítulos, 2) la liquidación de la sociedad de gananciales y 3) el propio régimen de separación; todo ello en relación con los derechos de los acreedores.

(2) La tendencia a pactar la separación de bienes se ha extendido tanto, que incluso se observan casos en los que la única finalidad perseguida es conseguir un pretendido ahorro fiscal.

En este punto parece oportuno decir que el legislador, tan preocupado por el principio de igualdad y libertad de los cónyuges, no obstante descuidar, a mi juicio, y como luego veremos, los derechos de los acreedores, no se ha olvidado, sin embargo, del acreedor Fisco, ya que al regular los nuevos Impuestos sobre el Patrimonio y sobre la Renta de las Personas Físicas, considera a los esposos solidariamente responsables, y les sujeta a un sistema de acumulación de rentas e incrementos, al margen del régimen de bienes, desconociendo aquellas autonomía y libertad que pretende proclamar en la reforma de 1981.

I. EL CAMBIO DE REGIMEN MEDIANTE CAPITULACIONES Y DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El legislador no ha querido poner ningún límite a la libertad de cambiar el régimen de bienes durante el matrimonio. Y así, con carácter general, el artículo 1.325 del Código Civil establece que «En capitulaciones podrán los otorgantes... sustituir el régimen económico de su matrimonio...» (3). Y concretamente el artículo 1.435 dispone que «Existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1.º Cuando así lo hubieran convenido» (4).

La admisión del cambio de régimen por mutuo acuerdo sin más límites ni control que el registral y notarial que luego se analizan, merece una consideración crítica negativa. Por eso, aunque la doctrina recibió con alegría la reforma de 1975 que suprimió el sistema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, pues se introducía un remedio justo y útil para resolver los problemas económicos de matrimonios separados de hecho, no se manifestó satisfactoria por el modo de desarrollarse la regulación, que, prácticamente y en cuanto a seguridades y garantías para tercero era la misma que cuando la alteración del régimen sólo era posible antes del matrimonio (5). Y algún autor (6) echaba de menos un sistema más restrictivo y la exigencia de garantías más intensas, para evitar los posibles perjuicios a acreedores y legitimarios, como la homologación judicial o el transcurso de un mínimo de tiempo para poder modificar el régimen, tal como lo hacen otras legislaciones (7).

(3) La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 justificaba la introducción de la regla de la mutabilidad, señalando que es precisamente «la que está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues, casi sin excepción, es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, por el contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente...».

(4) El artículo 1.393 regula los casos de extinción de la sociedad de gananciales por decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges, cuando se dé alguna de las causas que enumera. Además, en los casos de separación personal, la sentencia firme producirá la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 del Código Civil) y, consecuentemente, la sujeción al régimen de separación (art. 1.435, 3.º, del Código Civil). En estos casos, el cambio estará motivado y se produce la garantía de la intervención u homologación judicial.

(5) En este sentido, CÁMARA, en *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo I, especialmente pág. 94, nota 72.

(6) Así, GARRIDO PALMA, en «Capitulaciones matrimoniales», *Boletín Colegio de Granada*, suplemento extraordinario 1976, pág. 98. LETE DEL RÍO y J. A. ALVAREZ CAPEPOCHIPI, en «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común», *Revista Derecho Privado*, 1977, pág. 166. DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVIII, pág. 63.

(7) En el Derecho italiano, el artículo 162, párrafo tercero, del Código Civil

Analicemos ahora concretamente las medidas de protección a tercero que adopta la reforma de 1981, las cuales coinciden sustancialmente, como se ha dicho, con las de la reforma de 1975, la cual organizaba la protección a través de dos coordenadas fundamentales: «el establecimiento de un régimen de publicidad» y la «relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación» (8).

A. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES

El régimen actual de publicidad es sustancialmente el mismo que el anterior a la reforma de 1975, es decir, que cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (9). Y se desarrolla en una serie de preceptos desconectados y procedentes de distintos ámbitos legislativos, como luego veremos.

dispone que después de la celebración del matrimonio pueden ser modificadas las capitulaciones matrimoniales solamente previa autorización del Juez, y el artículo 164 establece el derecho de los terceros para probar la simulación de convenios matrimoniales. En Francia, se exige un plazo mínimo de dos años para modificar el régimen y el requisito de la homologación judicial, a la cual se podrán oponer los terceros si la mutación ha tenido lugar en fraude de sus derechos (artículo 1.397 del Código Civil).

La exigencia de la intervención judicial se da también en otros países, como Grecia, Dinamarca, Holanda, Suiza. Para un análisis comparativo, ver la obra de SIMO SANTONJA: *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros*, Editorial Tecnos, 1970, en especial págs. 263, 273, 282, 288, 346.

(8) La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 declaraba que la modificación del régimen económico del matrimonio exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. «Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordenadas. La primera, consistente en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil.» La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida. La segunda medida de salvaguarda o garantía es «tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros».

(9) El antiguo artículo 1.322 subordinaba la eficacia de la modificación respecto de tercero a que en el Protocolo el Notario hiciese constar las alteraciones, y que se inscribiesen en el Registro de la Propiedad, si el primitivo contrato era inscribible. Pero el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, cuyo contenido sigue vigente, completó aquella publicidad. Respecto del comerciante, la publicidad regulada por el viejo Código de Comercio, con una pequeña modificación del artículo 21, 9.º, en 1975, es la actualmente vigente.

Este sistema había sido calificado ya de rudimentario por CASTÁN: *Derecho civil español*, tomo V, edición 1960, pág. 234.

1. *Publicidad registral*

La norma básica en este punto viene dada por el artículo 1.333, al disponer que se hará *mención* en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, de las capitulaciones y pactos modificativos, y si afecta a inmuebles se *tomará razón* en el de la Propiedad. A este precepto hay que añadir para el caso del comerciante las normas respectivas del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, la publicidad *registral* se realiza a través de la actuación combinada y compleja de tres Registros diferentes en su organización y alcance:

a) *Registro de la Propiedad*.—El artículo 1.333 dispone que si las modificaciones afectaren a inmuebles «se tomará razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». La doctrina suele considerar que este tipo de Registro no es apto para publicar el régimen económico matrimonial (10), y hay que reconocer que, en efecto, sólo las modificaciones de las que resulte algún cambio de titularidad de bienes o derechos inscritos a favor de alguno de los cónyuges o de ambos, serán inscribibles, lo que sucederá normalmente en el caso de separación de bienes sobrevenida.

Desde otro punto de vista hay que señalar que su eficacia se limita al tercero hipotecario, pero no ampara al que se relaciona obligacionalmente con algún cónyuge (11).

No obstante, preciso es reconocer que este Registro, dentro de su limitado ámbito, es el que ofrece mayor seguridad tanto por su organización como por la costumbre bastante arraigada de consultarlo cuando se pretende la adquisición de algún derecho sobre bienes inmuebles. Además hay que tener en cuenta que el Registro de la Propiedad no se establece como básico, sino como un complemento lógico de la publicidad, cuando algún cambio cae dentro de su influencia.

b) *Registro Mercantil*.—El Código de Comercio regula esta materia en los artículos 21-9.º, 27 y 28. Y el Reglamento del Registro Mercantil en los artículos 76-7.º, y 78 a 81.

El artículo 21-9.º del Código de Comercio reformado en 1975 establece que se anotarán en la hoja de cada comerciante: «Las capitulaciones matrimoniales, así como, en su caso, las escrituras dotes y los

(10) Ver LACRUZ en su *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, página 259.

(11) Ver ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, pág. 7.

SANZ FERNÁNDEZ: «La situación jurídica de la mujer casada en Derecho civil», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, tomo II, pág. 975.

títulos que acreditan la propiedad de los bienes propios del cónyuge del comerciante» (12).

El precepto citado tiene su complemento en los artículos 26 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, que recogen el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero.

De acuerdo con la aplicación combinada de tales preceptos, los capítulos que no figuren en el Registro Mercantil no podrán ser opuestos a terceros que se prevalgan del régimen legal o de la presunción de ganancialidad en su caso. Todo el que contrata con un comerciante y adquiere un derecho de crédito derivado de un acto de comercio podrá ignorar los capítulos si pretenden alegarse en perjuicio suyo (13). Como señala CÁMARA, los acreedores del cónyuge comerciante pueden actuar como si el matrimonio se rigiese por el sistema legal supletorio o el que resulte de las capitulaciones anteriormente inscritas, aunque si lo prefieren, le es dable invocar el realmente vigente (14).

Desde el punto de vista crítico hay que señalar que la publicidad que dispensa el Registro Mercantil, aparte de estar lógicamente reducida al comerciante, adolece de graves deficiencias de regulación. Además de la dificultad de interpretación que plantea el artículo 27-1.º del Código de Comercio, redactado como una excepción al principio registral básico del artículo 26 del mismo Código (15), es preciso hacer constar que ni el Código de Comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil se preocupan de que se inscriba en el Registro Mercantil el régimen económico matrimonial, lo que supondrá una seria dificultad en la publicación de los regímenes legales de separación.

Pero, como señala CÁMARA (16), cabe no obstante que al amparo del último inciso del artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil (el comerciante podrá añadir cualquier otra circunstancia que estime conveniente) se haga constar en la inscripción que está casado bajo el régimen de separación por estar sujeto al Derecho catalán o balear. Sin embargo —sigue diciendo el mismo autor—, al tratarse de una mención potestativa no parece que su omisión determine la inoponibi-

(12) Sin embargo, el artículo 76-7.º del RRM mantiene la antigua redacción del Código de Comercio, y se refiere a «los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres comerciantes»

(13) Esta es la interpretación lógica de los citados preceptos. Como advierte LACRUZ (*ob. cit.*, pág. 261), el artículo 27 del Código de Comercio, que parece contradecir tal criterio, se refiere a un caso particular en el que la mujer es acreedora del marido, para privarle de un privilegio que tenía con arreglo al Derecho común, pero no está destinado a dejar sin eficacia el artículo 26.

(14) *Ob. cit.*, pág. 154.

(15) El artículo 27-2 del Código de Comercio supone, además, una desviación innecesaria de los principios hipotecarios, tal como veremos más adelante, en la pág. 102.

(16) *Ob. cit.*, pág. 70, nota 41.

lidad del régimen conyugal a terceros, conforme al artículo 26 del Código de Comercio, pues el efecto de la publicidad negativa del Registro se concreta a los documentos sujetos a inscripción y no inscritos. Por tanto, sólo se podrá aplicar al régimen de separación pactado en capítulos, pues sólo éstos se citan entre los actos o documentos sujetos a inscripción.

De este modo, si el tercero quiere saber con certeza cuál es el régimen de bienes que gobierna el matrimonio de un comerciante casado tendrá que ampararse en el régimen del Registro Civil.

c) *Registro Civil*.—El legislador, siguiendo la pauta iniciada con la reforma de 1975 pretende reforzar el carácter básico del Registro Civil al disponer con redacción imperativa en el artículo 1.333 del Código Civil que «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio» (17).

Este precepto se complementa con el 77 de la Ley de Registro Civil que establece que al margen de la inscripción de matrimonio *podrá* hacerse indicación de la existencia de pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Y el 264 del Reglamento del Registro Civil añade que tales indicaciones *sólo* se extenderán *a petición del interesado* (18).

En cuanto a los efectos, el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley de Registro Civil dispone que «en ningún caso el *tercero de buena fe* resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación». Por tanto, la indicación es requisito esencial para que el cambio pueda perjudicar a tercero. La ausencia de indicación en el acta de matrimonio supone que todo el que contrate con los cónyuges puede confiar en que el régimen de su matrimonio es el legal de la regionalidad del marido en el momento de contraerlo, a menos que se sepa ciertamente lo contrario.

A la vista de esta regulación, hay que decir que el reforzamiento de la publicidad a través del Registro Civil resultará más débil que lo

(17) Por su parte, y con carácter específico para la sentencia de separación, el artículo 1.436 del Código Civil establece en su último párrafo que se «anotará en el Registro Civil».

(18) Hoy, después de la reforma de 7 de julio de 1981, hay que tener en cuenta, en relación con el cambio de régimen que sea consecuencia de separación judicial, lo que disponen los artículos 89 y 102 del Código Civil y disposición adicional 9.ª de la citada ley.

deseable, pues se observan defectos que impiden una realización satisfactoria de aquella publicidad. Así: a) No se establece de manera clara y terminante el deber de los funcionarios que intervienen en actos de los que se deriven modificaciones de régimen, de comunicarlos de oficio. Por el contrario, el artículo 264 del Reglamento del Registro Civil establece que la indicación es voluntaria para los interesados. Es cierto que el artículo 1.333 se expresa en términos imperativos: «En toda inscripción de matrimonio... *se hará* mención...». Sin embargo, como ha señalado la Dirección General de los Registros en Resolución de 6 de mayo de 1977, en relación con el antiguo 1.322, cuya redacción era semejante a la actual, la referida frase no debe ser interpretada en el sentido de imponer al Notario autorizante una especial obligación de promover el asiento, pues los mismos términos imperativos utiliza el precepto para imponer la toma de razón en el Registro de la Propiedad, en el cual, sin duda, la inscripción es voluntaria; y además el hecho de que el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley de Registro Civil prevea una posible consecuencia perjudicial para los contrayentes ante la falta de indicación, resulta demostrativo al efecto; y obliga a entender que las indicaciones no son de las que han de promoverse de oficio, sino sólo a petición de parte interesada, como señala el propio artículo 264 del Reglamento del Registro Civil. Hay que destacar, no obstante, que la referida resolución consideró al Notario legitimado para solicitar la indicación.

Sin embargo, hoy la Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, impone a los jueces, como luego veremos, el deber expreso de comunicar de oficio las sentencias de separación, nulidad y divorcio.

Pero además, en relación con los demás funcionarios, y en especial con los Notarios, existen, a mi juicio, argumentos para considerar que tienen un cierto deber de colaboración para que la publicidad de los cambios de régimen se realice. Así: la redacción imperativa del artículo 1.333 resulta hoy aclarada y reforzada por la referida Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, cuando establece que «Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que conste el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos». Esta norma ha desarrollado y concretado la genérica del 1.333 con respecto a las resoluciones judiciales, y a través de ella podemos hallar con más claridad el criterio del legislador.

Además, el artículo 1.332, como luego veremos, por su carácter reiterativo, hay que entenderlo como la formulación de un deber ge-

nérico del Notario de procurar la publicidad del cambio de régimen en cuya formalización haya intervenido (19).

b) Se limita a publicar la existencia de un cambio pero no informa sobre su contenido. Del artículo 265 del Reglamento del Registro Civil se deduce que el Encargado ha de hacer constar solamente el hecho, documento o resolución (20), pero no tiene por qué explicar su contenido, remitiendo a los que lo consulten a los documentos en que consten y detallen.

Pero en este punto conviene tener en cuenta que por lo que se refiere a las escrituras, el Protocolo notarial es secreto y sólo pueden solicitar copia o que se les lea su contenido quienes acrediten interés legítimo a juicio del Notario (art. 224 y 250 del Reglamento Notarial). Parece, no obstante, que en el caso de capitulaciones habrá que entender legitimada a cualquier persona que desee conocer el contenido puramente patrimonial y que afecte al régimen o su relación con terceros, de conformidad con el artículo 250, último párrafo, antes citado.

c) Resulta muy difícil consultar el Registro Civil dada su actual organización. La necesidad de tener que acudir al del lugar en que se celebró el matrimonio, hace indispensable, para el logro de una publicidad más perfecta, la creación de un Registro central y unificado de regímenes matrimoniales, tal como propone AMORÓS GUARDIOLA (21).

2. *Prevención notarial*

El artículo 1.332 dispone que «La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante *nota* en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida».

No se percibe, aparentemente, la utilidad de este precepto, sobre todo después de haberse suprimido en la reforma de 1975 la norma sanciona-

(19) Hay que reconocer, sin embargo, que como dice AMORÓS GUARDIOLA (*Comentarios a las reformas del Código Civil*, tomo II, pág. 1112): «Hubiera sido más útil la obligatoriedad de la constancia registral del régimen, de la misma manera que lo es la inscripción del matrimonio».

(20) Parece deducirse de tal precepto que la publicidad se refiere no sólo a las capitulaciones en sí mismas, sino más ampliamente al régimen económico matrimonial. En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 976.

(21) *Ob. cit.*, pág. 1112.

Hoy el artículo 20 de la Ley de Registro Civil, modificado por Ley de 5 de octubre de 1981, permite el traslado de la inscripción de matrimonio al Registro del domicilio de los cónyuges. Aunque dicho traslado sólo puede realizarse a petición de personas que tengan interés cualificado en ello, no obstante, podría facilitar la consulta del Registro Civil.

dora correspondiente (22), pues tal obligación viene ya impuesta por el propio Reglamento Notarial y con carácter general en el artículo 178, al exigir al Notario que haga constar al final o al margen de la escritura matriz, que deberá ser transcrita en cuantas copias sean libradas en lo sucesivo, las escrituras por las que se modifiquen o queden sin efecto otras anteriores.

Este precepto resulta además más completo, lo cual es lógico dada su sede especial, al disponer en su penúltimo párrafo que «El Notario ... lo comunicará por medio de oficio al Notario en cuyo poder se encuentre la matriz, quien lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura...». Y el último párrafo dice que «Cuando al Notario que custodie el protocolo en el que obre la escritura matriz objeto de las notas ... se le presente una copia auténtica y se le requiera para ello por persona interesada, se transcribirá por él, al final de dicha copia, la nota correspondiente».

Sin embargo, se podría considerar que la norma del Código Civil reiterativa de la correspondiente del Reglamento Notarial es sintomática del deseo del legislador en el sentido de que la participación del Notario en el deber de colaboración oficial a la publicidad de los regímenes económico matrimoniales, debe ser más activa.

B. IRRETROACTIVIDAD DE LAS MODIFICACIONES

Hemos visto que los cambios de régimen económico matrimonial no perjudican a terceros mientras no se publiquen en el Registro correspondiente. Pero es que además, aún después de publicados, no podrán afectar a los derechos ya adquiridos por aquéllos con anterioridad.

El artículo 1.317 del Código Civil, que es reproducción del antiguo 1.322, último párrafo, establece de modo terminante que «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (23).

(22) El antiguo artículo 1.322, párrafo segundo, establecía que el Notario hará constar las alteraciones en las copias que expida, «bajo pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes si no lo hiciera».

(23) Hoy ha desaparecido la norma equivalente al antiguo artículo 1.438 del Código Civil, en sede de separación de bienes, que tenía el mismo contenido, pero referido a los «acreedores». Esta supresión parece lógica, ya que la norma general del actual artículo 1.317 abarca todo cambio.

Por lo demás, como indicaba SANZ FERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 970), entre los terceros estarán también los acreedores, y muy especialmente como tales terceros habrá que entender los de la Lev Hipotecaria, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1.437 (hoy 1.436). «La demanda de separación de bienes y sentencia firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Re-

En consecuencia, para los que tengan derechos adquiridos derivados del régimen anterior, el nuevo sistema les resultará indiferente. Sin embargo, esta última afirmación conviene matizarla (24) con las siguientes consideraciones:

a) El tercero deberá acreditar que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, lo cual no será fácil cuando no exista documento fehaciente. La fecha de inscripción habrá que referirla al Registro Civil, en principio. No obstante, si se trata de alguien que haya contratado con un comerciante, habrá que estar, además, a la del Registro Mercantil, y si se trata de un tercero hipotecario a la del Registro de la Propiedad, fechas que serán preferentes por el carácter especial de tales Registros.

b) Parece claro que el cambio de situación jurídica de los bienes existentes en el momento dicho, no afectará a tercero. Respecto de ellos subsistirá la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil (25).

Sin embargo, liquidada la sociedad de gananciales, habrá que tener en cuenta lo que dispone el artículo 1.401, que introduce el beneficio de inventario, y que analizaremos a continuación, y la norma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que exige que la demanda se dirija contra los respectivos adjudicatarios, para poder anotarse el embargo, si se hubiere ya inscrito la partición de bienes, y si no se hubiere inscrito todavía, deberá dirigirse contra ambos (el precepto se refiere al supérstite y herederos del premuerto). Este precepto desarrolla los principios recogidos en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria para el caso de embargo de bienes gananciales por deudas a cargo de los mismos.

Si aquellos principios se aplicasen de una manera rígida y rigurosamente formal y, en consecuencia, se ampliase el campo de acción del

gistro de la Propiedad que corresponda si recayere sobre inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro Civil.» (Este último párrafo no existía en el antiguo art. 1.437 y fue añadido por el Congreso de Diputados en la reforma 1981.)

(24) Como señala AMORÓS GUARDIOLA (*ob. cit.*, pág. 1112), la aplicación práctica del artículo 1.317 exigirá determinar, caso por caso: a) cuándo existe un derecho (no mera expectativa) adquirido por tercero con anterioridad a la fecha de la modificación; b) si ésta es oponible a terceros con carácter general por estar dotada de la correspondiente publicidad registral; c) y si la variación introducida, de incidir sobre esa previa situación jurídica de los terceros, les causa una verdadero perjuicio.

(25) Ni siquiera la simple modificación de la situación jurídica de los bienes, sin que se haya producido un cambio de régimen puede afectar a los acreedores (artículo 1.324, en relación con el 1.355 del Código Civil).

párrafo segundo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario al supuesto del cambio de titularidad sobrevenido por acuerdo capitular, esta última norma podría entrar en colisión con el principio tan ampliamente formulado por el artículo 1.317 del Código Civil.

La Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de tratar recientemente este problema, si bien con referencia al Derecho anterior a la última reforma del Código Civil, en tres Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981. En las tres se trataba de anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre bienes originariamente gananciales cuya demanda había sido dirigida contra el cónyuge deudor, después que en el Registro se inscribiese la adjudicación de tales bienes a favor del otro cónyuge como consecuencia de un cambio de régimen y liquidación de sociedad de gananciales, habiéndosele hecho simplemente la notificación de la demanda por aplicación de la doctrina que la Dirección General formulara con relación al artículo 144, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario. El Registrador, aplicando el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, denegó la anotación solicitada. La parte recurrente esgrimió la norma del último párrafo del artículo 1.322 antiguo (equivalente al 1.317 actual), considerando que el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario se refiere a un supuesto distinto (liquidación de gananciales por fallecimiento de un cónyuge), y que las inscripciones causadas en el Registro por razón de capitulaciones son un efecto de la modificación del régimen, por lo que no deberían afectar al acreedor, el cual puede actuar como si se tratase de bienes gananciales, siendo tales inscripciones «permeables» y verdaderas excepciones al principio de tracto sucesivo. La Dirección General no consideró suficiente la argumentación anterior e hizo una aplicación escueta de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144-2 del Reglamento Hipotecario, considerando que el supuesto de este último precepto responde a una situación similar a la planteada.

Hay que reconocer, sin embargo, que si aplicamos los principios hipotecarios en función del general, orientador de toda la mecánica registral, que es el de la seguridad del tráfico, no parece que se imponga como ineludible un mismo tratamiento para los supuestos del artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario y el que es objeto de las citadas resoluciones. En este último existe un cambio «relativo» de titularidad, pues ésta ya estaba atribuida con anterioridad al adjudicatario, si bien con el carácter ganancial, y ello aunque figurase inscrita la finca a nombre del otro cónyuge y, por tanto, aparecer éste en primer plano. Tampoco se puede decir que carezca de relación alguna con el origen del embargo quien tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre bienes que responden de las

deudas de la comunidad (25 bis). Hoy esta responsabilidad posterior a la liquidación viene impuesta claramente por el artículo 1.401 del Código Civil en la forma que luego analizaremos.

Partiendo de estas consideraciones se podría entender, con la finalidad de evitar que aquella seguridad del tráfico a cuya protección va destinada la organización del Registro de la Propiedad resulte obstaculizada precisamente por las mismas normas hipotecarias, que la norma que hoy se recoge en el artículo 1.317 del Código Civil es compatible con los principios hipotecarios, entendiendo que en el supuesto que estamos analizando se producirá una modalización del tracto y no ruptura, dado que la anotación que se pretende recaerá sobre bienes que ya están afectos a una responsabilidad derivada, conforme al artículo 1.401 del Código Civil, como consecuencia de una relación que no puede ser del todo ajena al adjudicatario, si tenemos en cuenta el nuevo sistema de administración de los gananciales. Por lo demás, una solución basada en la aplicación a ultranza del tracto sucesivo en sentido rigurosamente formal, resultaría más claramente dudosa en el supuesto en el que la demanda se hubiera presentado antes de inscribirse las adjudicaciones derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales.

c) Conviene hoy tener en cuenta que el artículo 1.401 del Código Civil introduce de manera explícita el beneficio de inventario en favor del cónyuge no deudor, cuando establece que «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial».

Esta solución, dentro del actual sistema de cohesión y en el que se configura la masa ganancial como un patrimonio destinado a soportar las cargas del matrimonio y responder de las deudas contraídas en interés común, muy claramente en los casos 1, 2 y 3 del artículo 1.362 del Código Civil, nos parece de dudosa justificación referida a los tres supuestos indicados (26).

(25 bis) En este sentido merece destacarse que la figura del tercero no asoma por ninguna parte en el supuesto indicado. Bien es cierto que la exigencia del tracto es puramente formal y de mecánica registral, pero también lo es que la misma está en función de la seguridad del tráfico y, en consecuencia, para proteger a quien teniendo su título inscrito ninguna relación tiene con el acto cuyo acceso al Registro se pretende, tal como se puede deducir del mismo artículo 20 LH cuando recoge una serie de casos de tracto modalizado.

(26) Quizá pudiera encontrarse una justificación en el sistema anterior de administración de los gananciales, en el que el marido tenía la potestad de obligarlos. Hoy hay que tener en cuenta que el sistema de administración conjunta, en su desarrollo normativo, está condicionado por la necesidad de cohesión con la agilidad de funcionamiento y los intereses de tercero, tal como señala la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma 1981. Manifestaciones concretas de

Supone, en primer lugar, una brecha en el principio de irretroactividad, ya que los acreedores que contrataron con un cónyuge, partiendo de la existencia de un patrimonio especialmente afecto y responsable, se encuentran con que los cónyuges, por mutuo acuerdo, por tanto, posiblemente de modo extemporáneo, pueden modificar aquel presupuesto de responsabilidad, y alterarlo sensiblemente, sin garantía alguna para los acreedores (27), con el perjuicio consiguiente al sustraérseles una masa futura de bienes (la ganancial) que por su propia naturaleza atractiva lleva en sí una tendencia a incrementarse de modo más intenso (con los frutos de los bienes privativos y con las ganancias de ambos), y con la cual contaron al contratar.

Supone, además, una excepción al principio de responsabilidad personal ilimitada del deudor, pues se excluye por iniciativa de éste la posibilidad de engrosar el patrimonio inicialmente responsable (28).

La solución legal resulta más visiblemente dudosa en el caso de que el patrimonio privativo del deudor y el ganancial responsable sean insuficientes para cubrir las deudas sociales, y muy concretamente en el supuesto del artículo 1.386 del Código Civil (deudas por gastos necesarios extraordinarios), en el cual está claro que se trata de deudas en interés común de ambos cónyuges, o incluso podría darse el caso de que hubieran sido contraídas en interés preferente del cónyuge no deudor (29).

ello se encuentran en los artículos 1.365, 1.368, 1.384 y 1.386 del Código Civil, y podría considerarse como una consecuencia lógica de toda actuación compartida sobre un patrimonio colectivo, de modo semejante a lo que sucede con las sociedades civiles o colectivas.

(27) El inventario es solamente un control de los bienes que existan en el momento de la liquidación, pero ninguna influencia puede tener, desde ese punto de vista, sobre el futuro patrimonial.

(28) Aunque de las deudas contraídas por un cónyuge no tiene por qué responder más que su propio patrimonio, cuando el régimen económico de su matrimonio es el de gananciales, y la deuda contraída es de «carga» de la masa común, resulta difícil distinguir nítidamente los aspectos débito y responsabilidad para escindir su tratamiento y atribuir el primer ámbito al cónyuge o cónyuges que se han obligado, y la responsabilidad al patrimonio ganancial. Los artículos 1.362, 1.363, 1.365 a 1.368 del Código Civil, emplean los términos «carga» o «responsabilidad» refiriéndose a las deudas que deben soportar los gananciales. Únicamente el artículo 1.369 del Código Civil habla de «deudas de la sociedad».

Y es que el problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales no ha sido resuelto todavía de modo satisfactorio, a pesar de que hoy en España parece estar acallada esta cuestión. En la doctrina italiana reciente existe una tendencia a considerar la comunidad matrimonial de bienes como un sujeto de derecho, que si bien no está dotado de personalidad jurídica, tiene una entidad distinta de ambos cónyuges en cuanto posee un patrimonio propio diferenciado, una autonomía negocial y una propia capacidad procesal. Así, PAOLA y MAGRI, citados por JUAN ALVAREZ-SALA WALTHER en el trabajo de este autor sobre «Régimen económico en Derecho italiano», en *ADC*, 1981, pág. 422.

(29) Así, por ejemplo, el caso de una operación quirúrgica a un hijo del otro cónyuges, que esté a cargo de la comunidad, conforme al artículo 1.362, 1.º En estos

Por eso parece lógica la solución del artículo 1.319 cuando, y con carácter básico, dispone que de los actos realizados por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (gastos ordinarios de la familia) responden solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los de otro cónyuge.

d) En el caso del *cónyuge comerciante*, cuando el otro no consiente que se obliguen todos los gananciales, existe *ab initio* una limitación de responsabilidad, que se concreta a los bienes privativos y a los comunes adquiridos con las resultas del comercio (art. 6 del Código de Comercio). Este sistema no resulta afectado, en principio, por el cambio de régimen, si el negocio se adjudica al cónyuge que lo explotaba (30), el cual responderá con sus bienes privativos anteriores y también con todos los que ahora se le adjudiquen, sin que en el futuro se plantee ya el problema de «las resultas», las cuales quedarán integradas con los demás bienes propios del comerciante. El otro cónyuge responderá únicamente con los bienes que se le hayan adjudicado y que procedan de las resultas del comercio (31).

En el caso de que la empresa común se adjudique, al disolverse la sociedad de gananciales, al cónyuge que no la explotaba, el titular anterior responderá de las deudas mercantiles con todos sus bienes privativos y también con todos los que se le adjudiquen en la liquidación (32). El cónyuge adjudicatario responderá con los bienes procedentes de las resultas, que se le hubieran adjudicado, entre cuyos bienes estará obviamente la propia empresa (33), de acuerdo con la

casos habrá que entender que el cónyuge que contrató, actuó como gestor de negocios del otro en lo que a éste pudiera beneficiarle y, en consecuencia, entraría en juego la norma del artículo 1.893 del Código Civil.

(30) Hoy, de acuerdo con el artículo 1.406 del Código Civil, el cónyuge comerciante tendrá preferencia para que se incluya en su haber la explotación comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo.

Esta última frase podrá plantear dificultades en el caso de que el cónyuge del comerciante, como sucede normalmente en los comercios pequeños, colabore con su trabajo de la misma manera o incluso más intensamente que el propio titular del negocio.

(31) En tal supuesto, la limitación del artículo 6 del Código de Comercio hará superflua la que establece el artículo 1.401, si se ha realizado el inventario. Otro problema será el de si la ausencia de inventario afectará o no a aquella limitación.

Para la ejecución o embargo será necesario cumplir las reglas del artículo 144, último párrafo, del Reglamento Hipotecario. Pero en este punto se plantean dos importantes problemas, referidos a la carga de la prueba: a) de que las obligaciones fueron contraídas en el ejercicio del comercio, y b) de si los bienes fueron adquiridos de las resultas del negocio. CÁMARA, que se formula ambas cuestiones (*obra citada*, págs. 91 y 136) con referencia al Derecho anterior a la reforma 1981 y en relación con la mujer casada comerciante, sostenía con argumentos de peso que corresponde justificar el primer punto a los acreedores, y que, en cambio, serán los cónyuges los que tengan que probar que los bienes son privativos, y que los han adquirido merced a otros recursos.

(32) Parece lógico entender que la limitación inicial de responsabilidad, esta-

aplicación combinada de los artículos 6 del Código de Comercio y 1.365, último párrafo, y 1.401 del Código Civil.

Pero, ¿ha de entenderse que la empresa se adjudica sólo en su aspecto activo, y, en consecuencia, que los acreedores no podrán perseguir los bienes que con posterioridad se adquieran por el cónyuge ahora comerciante con «las resultas» del comercio?

La contestación afirmativa es la que a primera vista parece más acorde con el tratamiento que generalmente se da a las deudas en la transmisión *inter vivos* de la empresa mercantil (34).

blecida por el artículo 6 del Código de Comercio, cesa para el cónyuge comerciante cuando se disuelva y liquide la sociedad de gananciales, pues aunque esta consecuencia podría perjudicar a los acreedores no mercantiles, que tendrán entonces que sufrir la concurrencia de los mercantiles sobre el resto de gananciales que no procedan de las resultas, hay que entender que aquella limitación excepcional desaparecerá cuando se clarifique la compleja situación que implica la comunidad de gananciales, pues la *ratio* del artículo 6 no parece otra que la protección del cónyuge no comerciante. En este sentido, CÁMARA (*ob cit.*, pág. 115, nota 107).

(33) En sentido amplio, habrá que entender, como lo hace CÁMARA, con argumentación irrefutable, que la responsabilidad por deudas del comerciante se extenderá lógicamente a la propia empresa y no sólo a los bienes adquiridos con las resultas de la misma (*ob cit.*, pág. 88).

(34) En nuestro Derecho, la ausencia de una regulación de la transmisión unitaria de la empresa mercantil nos obliga a echar mano de las soluciones que brinda el Derecho civil, y concretamente, en lo relativo a las deudas, de la norma del artículo 1.205 del Código Civil, que exige el consentimiento de los acreedores para que se produzca la asunción liberatoria del adquirente. Por tanto, salvo en el caso de las deudas laborales, no existe una transmisión *ope legis* de las deudas, desde el punto de vista externo. (Algún autor, sin llegar a admitir una transmisión *propter rem* de las obligaciones empresariales, considera que en toda transmisión de empresa hay una asunción tácita; así, ROCA SASTRE MUNCUNILL en la ponencia al XV Congreso Internacional del Notariado Latino.)

CÁMARA, en su trabajo sobre «La venta de la empresa», en *AAMN*, tomo XXIV, página 333, partiendo del supuesto normal del pacto de asunción de deudas por el adquirente de la empresa, considera que la aplicación inexorable del artículo 1.205 del Código Civil, es decir, la exigencia del consentimiento expícito del acreedor para que quede liberado el deudor, constituye «un caso claro de lo que podría llamarse paralización del razonamiento jurídico». «El cambio de deudor es, desde luego, una operación que no puede tener lugar a espaldas del acreedor, pero esto no postula que deba erigirse incondicionadamente en árbitro de la situación, en particular si, como ocurre en el caso de la venta de una empresa, están implicados otros intereses igualmente legítimos». Y añade que si se ha invitado al acreedor a consentir el cambio de sujeto pasivo y se ha ofrecido una solución satisfactoria, su negativa o comportamiento pasivo entraña el ejercicio abusivo del derecho que le reconoce el artículo 1.205, y el cambio ha de entenderse consumado aun sin su consentimiento.

El citado autor considera exagerada la solución que da el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (responsabilidad solidaria de transmitente y adquirente por deudas laborales durante tres años), y entiende que se olvida un precepto que, a su juicio, debería ser tranquilizador: el artículo 1.206 del Código Civil, y que de *lege ferenda* bastaría establecer en el caso de transmisión de la empresa la preferencia de los acreedores mercantiles e imponer al adquirente la subrogación en las obligaciones pendientes de pago, pero sin que adicionalmente tenga que seguir respondiendo el vendedor. Hace notar también que existe una preocupación obse-

Sin embargo, la adjudicación de la empresa ganancial, cuando se disuelve la comunidad, difiere de la ordinaria transmisión *inter vivos*. Es claro que, como en este último supuesto, las deudas, que son personales del empresario, no se transmiten al nuevo titular, es decir, no se produce una asunción *ex lege* de las mismas, salvo en el caso de las deudas laborales, de acuerdo con el artículo 44 del Estatuto del Trabajador, y, por tanto, si ha hecho el correspondiente inventario, no responderá personalmente de ellas.

siva para proteger a los acreedores partiendo del presupuesto de que mediará normalmente una combinación fraudulenta.

Es cierto, como señala el tan citado autor, que no siempre que se vende la empresa, se hace porque esté en crisis, ni menos con fines fraudulentos, pero ello no empece para que en aras de la protección de los acreedores y de la seguridad del tráfico, que es presupuesto básico de su funcionamiento, se deban extremar precauciones que eviten la facilidad con que aquéllos pueden quedar perjudicados.

Y es que el tratamiento de este problema viene condicionado por una serie de aspectos, entre los cuales merece destacar, de un lado, el carácter peculiar de la empresa, muy especialmente la naturaleza del patrimonio mercantil, que lleva en sí el germen del cambio y la tendencia, teórica, al menos, al crecimiento; y, de otro, su compleja composición, en la que intervienen ciertos elementos objetivos que determinan una proyección del patrimonio hacia el futuro, al margen de influencias subjetivas, los cuales serán en muchos casos ingredientes importantes de su capacidad generadora de ingresos, más o menos calculables. (Piénsese en la situación del local en el que se asientan ciertas empresas, por ejemplo.)

El que contrata con un comerciante lo hará unas veces (sobre todo tratándose de una empresa pequeña) sobre la base de la solvencia personal de aquél; pero normalmente habrá tenido en consideración, además, el patrimonio empresarial, y no sólo el que componía su activo real en el momento de contratar, sino también las expectativas de futuras ganancias, dada su composición, antes esbozada. Por ello parece justo que los acreedores puedan contar con la responsabilidad del transmitente, pero también con la del propio patrimonio mercantil transmitido, el cual, quiérase o no, funciona en la realidad con cierta autonomía.

En la venta de la empresa, los acreedores se encuentran, por una parte, con que su antiguo deudor se ha desprendido de una fuente generadora de recursos económicos (en ocasiones básica e incluso única) y, por tanto, que su capacidad económica ha variado, en perjuicio de aquéllos, ya que la contraprestación, normalmente dinero, es de más difícil control y persecución. Y, por otra parte, con que el patrimonio mercantil que constituyó la base de sus operaciones continúa generando ingresos, siquiera hay que recordar aquí también que el nuevo titular puede conducir la empresa por un camino descendente, de pérdidas. Pero en todo caso, en la solución del conflicto de intereses planteado deberá primar la confianza y la seguridad del tráfico sobre los intereses particulares de quien voluntariamente se ha desprendido de una fuente de ingresos, a menudo la principal. Por ello parece justo que los acreedores puedan contar con la responsabilidad cumulativa del transmitente y adquirente; solución que recogen la legislación alemana e italiana y el artículo 44 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, en relación de las deudas laborales.

Conviene precisar, por último, que la norma del artículo 1.206 del Código Civil, que para CÁMARA resulta tranquilizadora, ha de entenderse aplicable solamente cuando el acreedor haya consentido la liberación del primitivo deudor, pues tal aceptación constituye su presupuesto. Existen, además, serios obstáculos para admitir la eficacia liberatoria basada en la conducta pasiva del acreedor ante el ofrecimiento por el adquirente de garantías suficientes, mediante aplicar el principio contenido en el artículo 7-2 del Código Civil, al considerar que en tal caso se producirá un

Pero, dicho lo anterior, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hay que señalar que la empresa ganancial adjudicada pertenecía ya a ambos cónyuges, siquiera sólo uno ostentase la titularidad formal.

En segundo lugar, destacar que el legislador ha configurado la empresa ganancial con ciertas notas peculiares, que merecen especial atención. En efecto, el artículo 6 del Código de Comercio limita la responsabilidad por deudas de la empresa a los bienes propios del que la gestiona y a los gananciales adquiridos con «las resultas» del comercio. Con ello ha dado un paso adelante en la estructuración de la empresa mercantil como un patrimonio separado, forzado, quizá, el legislador por las dificultades que implica su integración dentro del funcionamiento de por sí ya muy complejo de un régimen de comunidad, en el que existen diversos patrimonios especialmente afectos a fines determinados, y también por el nuevo criterio de no discriminación de los cónyuges que pretende introducir la reforma de 1975, aunque en aquel momento supusiera una desviación del sistema general del Código Civil en lo que se refiere a la administración del patrimonio común (35).

Por último, conviene subrayar que la empresa es una realidad dinámica, «sujeta a las subrogaciones propias de todo patrimonio mercantil del que salen unos bienes, se adquieren otros, etc.». Y que los beneficios de la empresa han de considerarse parte integrante de ese

abuso en el ejercicio de la «facultad» que el artículo 1.205 concede al acreedor; obstáculos que se derivan de la dificultad para apreciar la suficiencia y seguridad de aquellas garantías, sobre todo en época de crisis económica, lo cual determina una relatividad que se cohonestaba mal con aquel principio.

Pero aun en el caso de que se admitiera, como lo hace CÁMARA, el referido efecto liberatorio, la norma del artículo 1.206 resultaría insuficiente, precisamente, en los casos en que la transmisión no se realice por causa de crisis de la empresa o con fines fraudulentos, ya que la responsabilidad del primitivo deudor sólo renace cuando la insolvencia del adquirente hubiere sido anterior y pública o conocida del deudor, y ello limita extremadamente el campo de acción de aquel precepto.

(35) Resulta revelador al respecto lo que se puede leer en el *Diario de Sesiones*, cuando se discutió el Proyecto de Ley de 2 de mayo de 1975: «En el caso del artículo 6.º..., lo que se contempla es el supuesto del patrimonio mercantil como un patrimonio *separado* del resto del patrimonio de los cónyuges; un patrimonio mercantil que de por sí está sujeto a las subrogaciones consecuentes a todo patrimonio mercantil, del que salen unos bienes por venta, entran unos dineros por contraprestaciones, se adquieren otros bienes, etc. Esto da lugar a un constante acrecimiento o decrecimiento de ese patrimonio mercantil. Este es el supuesto que contempla el primer punto y seguido del artículo 6.º, contra el cual no hay ninguna objeción, porque es evidente que dicho patrimonio mercantil debe estar afecto a las resultas de la gestión de quien lo administra». (El texto se ha tomado de *Estudios*, citado, de CÁMARA, que lo recoge en la pág. 89, nota 62.)

patrimonio especialmente afecto, por mandato del citado artículo 6 del Código de Comercio (36).

Partiendo de las consideraciones anteriores, se podría sostener con cierta base, que en el caso de liquidación de la comunidad de gananciales las deudas de la empresa común siguen a ésta, *propter rem*, siquiera con la misma limitación inicial de responsabilidad, cuando se adjudique al no comerciante. En consecuencia, el cónyuge adjudicatario, en tal caso, deberá hacer frente a aquéllas con los bienes que constituyen la propia empresa adjudicada, dentro de los cuales habrá que incluir, si tenemos en cuenta aquellas consideraciones antes referidas, los que hayan sido adquiridos y se adquieran en lo sucesivo con las resultas de su ejercicio, cuyas resultas no son otra cosa que los beneficios obtenidos, los cuales, de no haberse efectuado el cambio de régimen, tendrían carácter ganancial y estarían comprendidos dentro del ámbito de responsabilidad del artículo 6.

Con esta interpretación no se hace sino seguir los mismos pasos que el legislador inició con la nueva redacción del artículo 6 del Código de Comercio; y es, además, la que encaja con los principios de irretroactividad y responsabilidad ilimitada, recogidos en los artículos 1.317 y 1.911 del Código Civil.

C. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Del análisis que hemos hecho de los medios de defensa en favor de los acreedores en esta primera fase del cambio de régimen económico matrimonial, se pueden deducir una serie de consideraciones críticas.

Relativas al sistema de publicidad: a) Se trata de un sistema incompleto y confuso. Lo primero porque, como hemos visto, la regulación del funcionamiento del Registro Civil, que por su especial naturaleza ha de considerarse como Registro base en la publicidad de los regímenes económico matrimoniales, adolece de defectos tales como el dejar a iniciativa de los interesados la publicación de los cambios pactados (37), si se da preferencia a la norma del artículo 77 de la

(36) En este punto conviene indicar que los beneficios de una empresa ganancial son considerados por el legislador, en el artículo 6 del Código de Comercio, como patrimonio afecto. No es éste momento de entrar en el estudio de la naturaleza de los beneficios de la empresa. El problema ha sido estudiado principalmente en relación con las sociedades anónimas, en las que la responsabilidad, limitada en función de la cifra de capital, exige un tratamiento específico de los beneficios para evitar que se repartan bienes que no son propiamente beneficio, y para garantizar a los acreedores imponiendo la obligación de detraer parte de los mismos como reserva (arts. 106 y 107 de la Ley de Sociedades Anónimas).

(37) Hoy, como ya hemos visto, si el cambio tiene su origen en una sentencia de separación, conforme a la disposición adicional 9.ª de la Ley de 7 de mayo

Ley de Registro Civil y especialmente la del artículo 264 del Reglamento del Registro Civil (38); siendo, por otra parte, insuficiente la información que brinda, ya que no alcanza al contenido de las modificaciones, remitiéndose a los documentos que las detalla, y muy difícil su localización dada su organización actual.

Es confuso puesto que la publicidad se realiza a través de tres Registros de diferente organización, independientes entre sí y no coordinados, con lo cual es fácil que se produzcan conflictos de fe pública cuando se omite, por ejemplo, en uno de ellos la correspondiente referencia (39).

b) Falta, pues, esa coordinación de los tres Registros, con lo cual se posibilita la colisión entre ellos.

Solamente existe un precepto coordinador y es el artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil al disponer que «Para practicar la inscripción en los casos a que se refiere el número 9 del artículo 21 del Código de Comercio, será necesario que se presenten las respectivas escrituras con nota de haber sido inscrita en el Registro de la Propiedad, si entre los bienes dotales o parafernales existieren inmuebles o derechos reales».

Esta norma parece reconocer la primacía del Registro de la Propiedad. Tal primacía parece deducirse también del artículo 1.333 del Código Civil cuando después de regular la mención del cambio en el Registro Civil añade que si afectare a inmuebles se tomará razón en el de la Propiedad a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria (40). Es decir, que no bastará con la indicación en el Registro Civil, sino que respecto a tercero hipotecario, deberá constar además en el de la Propiedad. Pero no existe la norma semejante al artículo 78 del Reglamento del Registro Mercantil que coordine mecánicamente el de la Propiedad y el Civil.

Lo lógico sería que el Registro Civil, que parece el más adecuado, por su ámbito más amplio, para acoger la publicidad del régimen, fuese el Registro básico, al cual correspondiera principalmente la publicidad de las modificaciones de régimen económico matrimonial, dándose a sus indicaciones el carácter de previas y necesarias para que en el de la Propiedad o Mercantil pudieran publicarse también, en su caso.

de 1981, la respectiva sentencia «se comunicará de oficio a los Registros Civiles ...».

(38) Se echa de menos una norma como la del artículo 24 de la Ley del Registro Civil.

(39) Piénsese en el caso de un cambio no indicado en el Registro Civil, pero sí en el de la Propiedad, o al contrario.

(40) También el artículo 1.436 parece conceder esa preferencia al Registro de la Propiedad cuando dispone, en primer lugar, que la sentencia de separación se deberá inscribir en dicho Registro si recayere sobre inmuebles, añadiendo en su último párrafo que: «La sentencia firme se anotará *también* en el Registro Civil».

Así, el cónyuge que quiera hacer valer el cambio de régimen deberá hacerlo constar en el Registro básico, que es el Civil, pero además, si es comerciante, en el Registro Mercantil; y además, si afecta a inmuebles y a la titularidad de los mismos en el Registro de la Propiedad (41).

Para lograr esta eficacia coordinada debería adoptarse una técnica de referencias registrales, exigiendo para poder inscribir un cambio en los Registros complementarios, en su caso, la previa indicación en el Registro base, es decir, en el Civil.

c) Desde otro punto de vista, conviene pensar si en el momento actual de rapidez de comunicaciones y en el que los hábitos sociales no son favorables a la consulta de Registros, a excepción del de la Propiedad, dada su más perfecta y rigurosa organización, no sería más útil y eficaz completar la publicidad registral con anuncios en periódicos, dada su mayor y rápida divulgación. En este sentido merece tenerse en cuenta el ejemplo de ciertos países extranjeros (42), y también nuestro sistema en el campo de las sociedades, en el que para cualquier modificación que afecte a la responsabilidad, y a pesar de la vida intensamente registral de las mismas, se exige una publicidad adicional (arts. 98, 134, 166 de la Ley de Sociedades Anónimas y 19 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) (43).

d) Hay que añadir, además, los problemas que plantea la existencia, en nuestro país de pluralidad de sistemas matrimoniales, según las regiones, con la consiguiente posibilidad de errores y equívocos en torno al régimen matrimonial de personas sujetas legalmente a la separación de bienes pero que residen en territorio de régimen de gananciales.

Desde otra perspectiva, hay que recalcar que la posibilidad de cambiar el régimen económico del matrimonio, a capricho de los cónyuges, sin anuncio previo, y sin más control que el que pueda representar el sistema ya analizado de publicidad, originará, en muchos casos, una utilización abusiva y poco seria de aquella posibilidad, con las graves consecuencias que de ello pudieran derivarse para los acreedores.

(41) Para conseguir la plenitud de efectos frente a tercero no bastará, pues, con la publicación en el Registro base, y será preciso completar el ciclo acudiendo a los demás Registros de manera cumulativa, en su caso, y sin perjuicio de ponderar la buena o mala fe del tercero.

(42) Así, en Suecia. Véase SIMO, *ob. cit.*, pág. 334.

(43) El cambio del sistema de gananciales por el de separación supone una alteración de la responsabilidad al excluir, con graves consecuencias en el futuro de los patrimonios responsables, una masa de bienes que integrada también por los frutos de los bienes privativos y ganancias del otro cónyuge, debería responder, en su caso, solidariamente con los del deudor (art. 1.369) o subsidiariamente (artículo 1.373 del Código Civil).

Baste echar una mirada a otros países occidentales con más experiencia en la regulación de esta materia, partiendo de un tratamiento no discriminatorio de los cónyuges, para darse cuenta de la alegría y ligereza con que el legislador español ha actuado en este punto (44).

Es de esperar que esta materia sea objeto de una pronta regulación, más eficaz y moderna, para lo cual podría aprovecharse la reforma, que ahora resultará imprescindible, del Código de Comercio, Reglamento del Registro Mercantil, Ley y Reglamento del Registro Civil y legislación hipotecaria, por razones de concordancia y adecuación a la nueva regulación del Código Civil.

II. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LOS ACREEDORES

Lo normal es que en las capitulaciones en las que se pacta el cambio de régimen de gananciales por el de separación de bienes, se realice previamente la liquidación de la comunidad (45).

Antes de la reforma de 1981, y después de 1975, se planteaba el problema de si el cambio de régimen producía automáticamente la disolución de la sociedad de gananciales (46). Hoy este problema está claramente resuelto en el artículo 1.392 cuando establece que «La sociedad de gananciales concluirá *de pleno derecho*: 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto...». Por tanto, y

(44) Ver nota 7.

(45) Esta fase resulta propicia para iniciar ya todo un plan defensivo frente a los acreedores, agudizándose para ellos los peligros de fraude de sus derechos. La supresión de la prohibición de donaciones entre cónyuges y de la regulación de los efectos de la renuncia de gananciales, la ausencia de una normativa que establezca, en garantía de acreedores, la publicidad de la liquidación, con unos plazos dentro de los cuales puedan éstos oponerse a la misma, y, por tanto, la clandestinidad en la que se realiza el proceso liquidatorio, son otras tantas facilidades para que los cónyuges puedan realizar las combinaciones más favorables a sus intereses, en perjuicio de acreedores, los cuales se encontrarán en muchos casos con la fuerza de los hechos consumados. Y es que en bastantes casos, los cónyuges no se limitan a practicar una liquidación normal, sino que aprovechan la liquidación para aligerar el patrimonio del cónyuge que tiene más riesgos económicos, mediante adjudicaciones que facilitan la ocultación (dinero o ciertos bienes muebles) o, a veces, incluso omitiendo aquellos bienes cuya adquisición consta todavía en documento privado, etc.

Hay que reconocer, no obstante, que en otros casos esas operaciones sospechosas obedecen a razones atendibles, como la de compensar las pérdidas de bienes privativos al no poder justificar el carácter del dinero invertido, etc. Por otra parte, hoy hay que tener en cuenta muy especialmente la norma del artículo 1.401, que luego comentaremos, que introduce la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor que no haya hecho debidamente inventario, por deudas sociales.

(46) La doctrina destacaba el obstáculo que suponía la redacción de los antiguos artículos 1.417 y 1.418 del Código Civil, que no fueron modificados en 1975. En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 983.

en consecuencia, después del cambio, el patrimonio antes ganancial pertenecerá ahora en proindiviso a los cónyuges, y entrará en fase de liquidación, que podrá ser exigida por cualquiera de ellos. Por eso el artículo 1.396 dispone que «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad».

Veamos ahora los recursos que tienen los acreedores en el proceso liquidatorio. Para ello se analizarán los siguientes aspectos:

A. RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Para su estudio conviene distinguir los siguientes supuestos:

a) Deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente.—En este caso responderán los bienes gananciales solidariamente con los bienes privativos de ambos cónyuges, de acuerdo con los artículos 1.367 y 1.369 del Código Civil, ilimitadamente, con arreglo al artículo 1.911 del Código Civil. No obstante, la responsabilidad de los patrimonios privativos tendrá carácter mancomunado, por aplicación de la regla general de las obligaciones conjuntas que establece el artículo 1.138 del Código Civil.

b) Deudas contraídas por un cónyuge, en el ejercicio de la potestad doméstica. En este caso responderán solidariamente los gananciales y los privativos del que contrajo la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge, de acuerdo con el artículo 1.319 del Código Civil. Si estas deudas hubieran sido contraídas por ambos cónyuges, la responsabilidad de ambos será principal y solidaria, pues los términos del artículo 1.319 parecen excluir la mancomunidad, lo cual es lógico tratándose de deudas en las cuales prima el interés familiar.

c) Deudas que sin estar en el ámbito del 1.319, pueden ser contraídas por un solo cónyuge con cargo a los gananciales, y lo han sido por uno pero mediando el consentimiento del otro. En este caso, el consentimiento añadido e innecesario para afectar los gananciales, habrá que considerarlo como suficiente para dar nacimiento a una obligación conjunta, a no ser que se deduzca claramente que se limita a reforzar o recalcar la vinculación de los gananciales, por si pudiera haber dudas al respecto (47).

(47) En este campo, el término consentimiento suele utilizarse en un sentido ambivalente, en el que se engloban situaciones bien distintas. El propio legislador lo utiliza dándole un sentido amplio en el artículo 1.322 del Código Civil; en cambio, en el artículo 1.320, para referirlo al complemento necesario para disponer de la vivienda habitual o muebles de uso ordinario que pertenecen al otro cónyuge. Y el artículo 1.367, a efectos de la responsabilidad de los gananciales, equipara,

d) Deudas que habiendo sido contraídas por el cónyuge que lleva la iniciativa, afectan a los gananciales por haberlo consentido así el otro cónyuge. Concretamente el caso del último párrafo del artículo 6 del Código de Comercio.

e) Las demás deudas contraídas por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro, pero que afectan a los gananciales, por expresa disposición legal. El caso de los artículos 1.365-2, 1.368, 1.384 y 1.386 del Código Civil.

En estos dos últimos supuestos, los d) y e), la responsabilidad viene determinada por los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil.

El artículo 1.401 establece que «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. *El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial*» (48).

aunque distingue, la obligación contraída conjuntamente con la contraída por uno con el consentimiento del otro. Todo ello hace que en la práctica el término consentimiento de los cónyuges se utilice con bastante imprecisión.

(48) Este precepto se refiere a «deudas de la sociedad» que son, a la vez, «deudas de un cónyuge», lo cual podría entenderse como una manifestación de la ambigüedad con que el legislador trata el problema de la estructura de la comunidad de gananciales. La mayoría de los preceptos que regulan las cargas de los bienes comunes utilizan una terminología («cargas», «responderán») que obedece más bien a la consideración de que aquellos bienes constituyen un patrimonio autónomo, destinado al cumplimiento de determinados fines, con un ámbito propio de responsabilidad, pero al que por su propia esencia le es ajeno el aspecto subjetivo de la obligación, el débito, que habrá que referirlo a los titulares de aquel patrimonio por carecer de personalidad jurídica. Esto, que parece claro, en principio, resulta más complejo cuando se comprueba que el patrimonio ganancial está recibiendo los impactos de la capacidad obligacional de ambos cónyuges, pero con la peculiaridad de que la legitimación para afectarlo está organizada de manera más semejante a la sociedad que a la comunidad ordinaria. Por otro lado, incluso en ciertos supuestos en los que el legislador acude a la técnica de la personificación como medio de organizar el funcionamiento de un patrimonio colectivo, las consecuencias de la gestión son atribuidas directamente a las personas que se cobijan bajo el manto de la personalidad jurídica. Así, el caso de la sociedad civil (artículo 1.698-1 del Código Civil) y colectiva (art. 127 del Código de Comercio, sin perjuicio del sustrato asociativo y personal de estas entidades). Quizá el quid de estas cuestiones esté en que el instrumento de la personalidad jurídica no sea suficiente en ciertos casos para encubrir plenamente y anular el trasfondo, que emerge fácilmente en las pequeñas sociedades en las que la organización de la gestión, a través de la llamada representación orgánica, cuya última base está en el juego de apoderamientos y delegaciones, pactados estatutariamente o por acuerdos posteriores, supone una cercanía de las personas físicas que integran aquellos entes demasiado fuerte para que puedan quedar totalmente desconectadas del patrimonio de los mismos.

Por otra parte, el tema de la personalidad jurídica está todavía pendiente de clarificación. Y en materia de comunidad de gananciales hay que reconocer que el legislador, aun partiendo de su estructuración inicial como un patrimonio autónomo, en algunos preceptos balbucea aspectos subjetivos, como en los artículos 1.369, 1.399, 1.401, 1.402 y 1.403 del Código Civil, en los que se habla de deudas de la

Y el artículo 1.402 se remite para todo lo relativo a los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales en esta fase de liquidación, a las normas de partición y liquidación de las herencias.

De estos dos preceptos se deducen las siguientes consecuencias:

1) Se introduce de manera explícita el beneficio de inventario en favor del cónyuge no deudor (49). De manera que si éste realiza debidamente el inventario responderá de las deudas sociales solamente con los bienes que le hayan sido adjudicados.

El inventario deberá realizarse, por remisión del artículo 1.410, conforme a «lo establecido para la partición y liquidación de la herencia» (50). De acuerdo con ello, se comenzará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y concluirá dentro de otros sesenta (art. 1.017 del Código Civil), deberá hacerse *debidamente*, por lo que se perderá el beneficio en los casos del artículo 1.024 del Código Civil (si se ocultan bienes, o si antes del pago de deudas se enajenan bienes sin autorización judicial o la de todos los interesados). Puede hacerse judicial o extrajudicialmente. (El art. 1.401 admite expresamente esta última, que será ordinariamente notarial.)

Ahora bien, ¿qué plazo tendrá el cónyuge no deudor para citar a los acreedores?, ya que es a partir de entonces cuando empiezan a correr los plazos para *formular* el inventario. Parece lógica la aplicación de la norma del artículo 1.014 del Código Civil referida al heredero que tenga en poder bienes de la herencia, que establece el de diez días a contar del siguiente al en que supiera ser tal heredero. En nuestro caso habrá que referirlo al día en que pacten el cambio de régimen, que es cuando se disuelve la sociedad de gananciales, referencia que se acomoda bien a lo que dispone el artículo 1.015 del Código Civil para cuando el heredero hubiera gestionado o aceptado. Y sin que proceda aquí la distinción que establece el artículo 1.014, entre resi-

sociedad, términos éstos que apuntan a cierta subjetivación de aquel patrimonio colectivo.

(49) Con relación al Derecho anterior a la reforma 1981, ya sostenía LACRUZ (*obra citada*, pág. 573) que la responsabilidad por deudas no personales era objetiva y limitada, sin necesidad de pedir el beneficio de inventario, porque a diferencia de la sucesión hereditaria, en la que el heredero recibe gratis los bienes, el cónyuge recibe bienes que ya eran suyos y, por tanto, un remanente libre de deudas. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil», *RDN*, 1976, núm. 91, pág. 189

(50) La remisión hecha en este precepto está formulada de manera muy poco técnica y precisa, ya que las normas sobre formación de inventario y venta de bienes se encuentran en el capítulo V, sección quinta, y no en sede de partición que el Código Civil regula en el capítulo VI, sin que, por otra parte, el Cuerpo legal referido recoja con carácter unitario el concepto de liquidación de herencia. Más correcta, en este sentido, era la redacción del antiguo artículo 1.428 del Código Civil.

dentes y no residentes, por carecer del elemento referencial necesario (51).

2) El cónyuge no deudor que realizó debidamente el inventario, «responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados», tal como dispone el artículo 1.401. Su responsabilidad es pues, en principio, *cum viribus*. A la misma conclusión se llegará por vía del artículo 1.402 cuando se remite a las normas de la partición de herencia (52).

Sin embargo, parece lógico entender que si los bienes adjudicados han sido enajenados o sustituidos por otros, deberá entrar en juego el principio de subrogación real, como medio de evitar el enriquecimiento injusto del cónyuge no deudor. Más dudosa resultará la posibilidad de aplicar el criterio que un gran sector doctrinal adopta con relación al heredero beneficiario, en el sentido de considerar que la responsabilidad de éste será *pro viribus* una vez realizada la partición, pues no existiendo un precepto que claramente lo establezca para las herencias, más dudas suscitará su aplicación a la comunidad de gananciales (53).

3) Si el inventario no se realiza con las formalidades dichas, el cónyuge no deudor responderá *ilimitadamente* de las deudas que afectan a los gananciales. Así se deduce al contrario del artículo 1.401 y así será también por aplicación remitida del artículo 1.003 y 1.084 del Código Civil.

Esta solución, por lo demás, resulta lógica en un sistema como el actual de cogestión de los gananciales (54). Y su fundamento habrá

(51) Sostenía PEÑA, con referencia al Derecho anterior, que el inventario debía hacerse inmediatamente, partiendo de la redacción del antiguo artículo 1.418, que disponía que «se procederá desde luego», es decir, inmediatamente.

(52) En materia de partición, la responsabilidad *cum viribus* resulta, entre otros, de los artículos 1.003, 1.029, 1.031 y 1.034 del Código Civil, y así lo admite generalmente la doctrina y la jurisprudencia. (Por todos, CASTÁN: *Derecho civil español*, tomo VI, vol. 1, edición 1960, pág. 154.)

(53) En este último sentido, en relación con la responsabilidad del heredero: CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 154; VALLET, en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. 1, página 454.

LACRUZ, con criterio más restringido, admite que «el coheredero beneficiario, una vez hecha la partición, sigue respondiendo *cum viribus*, mientras los bienes adjudicados se conserven individualizados en su poder; en otro caso, pasa a responder *pro viribus* (LACRUZ-SANCHO: *Derecho de sucesiones*, tomo 1, pág. 191).

En contra de tal conversión de responsabilidad *cum viribus* en *pro viribus*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La herencia y las deudas del causante», *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo 61, vol. 1, pág. 205.

(54) En el Derecho italiano se prevé una responsabilidad subsidiaria de las masas privativas frente a las deudas consorciales y, por tanto, no existe una comunicación entre el patrimonio común y los privativos de los cónyuges. Así, el artículo 190 del Código Civil establece que los acreedores de la comunidad, cuando los bienes comunes no bastan para la satisfacción de sus créditos, podrán dirigirse en vía subsidiaria contra los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad de su crédito. Es curioso, como observa ALVAREZ-SALA

que buscarlo precisamente en esa estructuración actual de la comunidad de gananciales. La incomunicación patrimonial ni siquiera se logra en todos los casos de aislamiento de un patrimonio mediante la técnica de la personalidad jurídica, pues basta recordar la regulación legal en materia de sociedades civiles y colectivas para comprobar lo antes dicho (arts. 1.698-1, 1.708 del Código Civil y 127 del Código de Comercio). Con menos razón, pues, en la sociedad de gananciales los patrimonios privativos pueden quedar intocables o insensibles a la responsabilidad derivada de las obligaciones contraídas por los cónyuges cuando éstos, mediante el sistema legal o paccionado de gestión, puedan afectar los gananciales, pues ello chocaría con el principio de responsabilidad ilimitada y especialmente, en nuestro caso, con el de la irretroactividad de los cambios de régimen económico matrimonial, que consagra el artículo 1.317 del Código Civil (55).

WALTHER (*ob. cit.*, pág. 438), que la norma citada siente un criterio distinto al general del artículo 1.294 del Código Civil italiano, que es el de la solidaridad.

(55) La remisión que el artículo 1.402 del Código Civil hace a las normas de la partición de herencia para regular los derechos de los acreedores hay que entenderla, a mi juicio, en su justo alcance, que viene dado, en cierto modo, por el ahorro de esfuerzo normativo, al partir del mismo criterio de política jurídica, que en ambos casos es la protección de acreedores. Pero sin que de esa identidad de tratamiento pueda deducirse una igualdad de naturaleza en el mecanismo de ambos fenómenos jurídicos. Por ello, quizá sea impropio profundizar aquí en el fundamento que desde un punto de vista lógico y conceptual justifique la responsabilidad ilimitada del heredero no beneficiario, ya que los criterios que al respecto utiliza la doctrina se ajustan mal al caso del artículo 1.401 del Código Civil. Así, como ya había señalado LACRUZ (LACRUZ-ALBALADEJO: *Derecho de familia*, página 572), en el caso de la comunidad de gananciales no se opera el fenómeno de la sucesión en las deudas, y el cónyuge no deudor únicamente resulta afectado cuando reciba su haber una vez deducidas las deudas del consorcio. Ni tampoco es totalmente claro que el fundamento de la responsabilidad ilimitada del heredero esté en el mecanismo de sucesión, pues, como advierte PEÑA (*ob. cit.*, págs. 157 y sigs.), la responsabilidad *ultra vires* en nuestro Derecho parece más bien una incidencia de la liquidación, que una consecuencia del fenómeno sucesorio; es más bien una sanción al heredero que no cumplió con ciertas exigencias legales establecidas en garantía de los acreedores.

Quizá, como señala el mismo LACRUZ (*ob. cit.*, págs. 572 y 573), la situación del cónyuge es semejante a la del socio de una sociedad disuelta, si bien —puntualiza el citado autor— en la sociedad ordinaria es admisible la sucesión en las deudas, pues habiendo sido contraídas por una persona jurídica, los socios son sus sucesores, pero no en la comunidad de gananciales, ya que el consorcio no es una persona jurídica y no ha contraído las deudas.

Pero quizá se conceda demasiada relevancia a la personificación de la sociedad para deducir de ella una serie de consecuencias lógico-formales. Pues, por un lado, es preciso reconocer que en ciertas sociedades (civiles y colectivas), tal como se dice en un lugar anterior de este trabajo (nota 48), la personificación no es suficiente para incomunicar los patrimonios de la sociedad y de los socios, ya que éstos responden personalmente de las deudas sociales, pues la gestión realizada por los socios está demasiado cercana a la titularidad real (no formal) del patrimonio de la sociedad. El mismo LACRUZ advierte (*ob. cit.*, pág. 574), cuando se refiere a la situación de la mujer casada en el Derecho anterior a la reforma 1981, que

Consideración especial merece el caso del *cónyuge del comerciante* que no hubiere consentido el ejercicio del comercio de su consorte.

¿Responderá ilimitadamente, si disuelta la sociedad de gananciales, no ha realizado el correspondiente inventario, a pesar de la limitación impuesta en tal caso por el artículo 6 del Código de Comercio? (56).

«no es la misma que en una sociedad civil, en la que los socios tienen, salvo pacto, un derecho igual de gestión...». Esta situación en el sistema actual de cogestión de los gananciales sería más semejante a la de la sociedad civil.

Pero aun tratándose de sociedades en las que la separación de patrimonios está conseguida, en principio (sociedades de responsabilidad limitada), habrá que prescindir en ocasiones del manto de la personalidad jurídica para llegar a soluciones justas. En este sentido, conviene recordar las siguientes palabras de CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*, vol. II, pág. 661), cuando refiriéndose a los problemas que plantea el cobro por los acreedores cuando los socios se han repartido el activo, dice: «La personalidad jurídica de las sociedades no es sino un instrumento técnico del que el legislador se vale para la consecución de ciertos fines prácticos. Uno de estos fines... consiste en separar el patrimonio de la sociedad del patrimonio particular de los socios... En definitiva, pues, el patrimonio social, especialmente en el momento de la liquidación, no es sino un patrimonio dotado de autonomía y con una pluralidad de destinatarios. El beneficio de limitación de responsabilidad que esa autonomía comporta... debe quedar condicionado al estricto cumplimiento de las normas que la ley establece como contrapartida del privilegio que concede, y que tiene por fin asegurar debidamente los intereses de los acreedores».

(56) De la redacción de los artículos 1.362 y 1.365 podría deducirse, a simple vista, un tratamiento distinto para los dos siguientes tipos de deudas: a) las que proceden de los «gastos» que se originen por «la explotación regular de los negocios», que serán de «carga» de los gananciales sin limitación, conforme al artículo 1.362, y b) las demás contraídas en el ejercicio del comercio, a las cuales se refiere el artículo 1.365-2.º, para remitirse a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Resulta difícil la interpretación de ambos preceptos. Teniendo en cuenta la situación del artículo 1.362, que encabeza la regulación de las cargas de los gananciales, así como el análisis sistemático de los demás artículos de la sección, parece que dicho precepto constituye una norma genérica, que engloba todo lo que, desde un punto de vista interno, deberá quedar, en principio, a cargo de los gananciales, pero no prejuzga la legitimación para afectar la masa común, aspecto éste que se contempla en otros preceptos, entre los cuales se encuentra el artículo 1.365 citado. Este último comprende una serie de supuestos que coinciden con la mayoría de los del artículo 1.362, pero matizando la legitimación a los efectos de afección de gananciales. Dicha legitimación será indistinta, conforme al artículo 1.365-1.º, en el ejercicio de la potestad doméstica, que se describe en el artículo 1.319, cuyo contenido es coincidente con el del artículo 1.362-1.º; pero también lo será en el caso del artículo 1.386, que completa, desde el punto de vista de la legitimación, el contenido del referido artículo 1.362-1.º Igualmente será indistinta en los supuestos del artículo 1.365-2.º (administración ordinaria de los bienes propios y ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio), los cuales coinciden con los del artículo 1.362-3.º y último párrafo del 4.º De modo que sólo para el ejercicio del comercio y gestión y disposición de gananciales, la legitimación vendrá determinada por las normas del Código de Comercio, en el primer caso, y por las del Código Civil sobre administración de gananciales, en el segundo.

Esta interpretación parece estar avalada por el párrafo segundo del número 1.º del artículo 1.362 al distinguir claramente los gastos que son de carga de la sociedad y aquellos otros que, aun debiendo ser anticipados por la propia sociedad de gananciales, habrán de ser reintegrados por el cónyuge a quien corresponda y, por tanto, no constituyen estrictamente «cargas» de la misma (aspecto interno).

Desde otro punto de vista quizá convenga distinguir entre aquellas deudas que

Aunque, en principio, es claro que los acreedores podrían quedar perjudicados por la falta de inventario debidamente formulado al dificultarse en tal caso la identificación de los bienes procedentes de «las resultas», sin embargo, y a pesar de ello, hay que considerar que la limitación establecida en el artículo 6 del Código de Comercio recogida en el artículo 1.365, último párrafo, del Código Civil, tiene su fundamento en la protección del cónyuge que no asume el riesgo del comercio al no haber prestado el consentimiento específico, y por tanto, habrá también que entender que, dado el carácter especial de aquel precepto y la vigencia de su contenido por remisión expresa del artículo 1.365 del Código Civil, la limitación de responsabilidad en este caso quedará al margen del inventario.

Por otra parte, el artículo 1.401 se refiere a «deudas de la sociedad», y en el caso del artículo 6 del Código de Comercio las deudas contraídas por el comerciante sin el consentimiento del otro cónyuge difícilmente podrán considerarse como tales deudas de la sociedad, aun partiendo de esta imprecisión técnica, dado que al pago de las mismas sólo quedan afectos ciertos bienes gananciales por su especial relación o vinculación con el patrimonio mercantil (57).

Por último, si el fundamento de la responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor está, como hemos apuntado anteriormente, en el sistema de coestión que rige hoy la sociedad de gananciales, cuando las deudas fueren contraídas por un cónyuge que no está legitimado para afectar los gananciales, como sucede en el caso que nos ocupa, quedarán fuera de la órbita del artículo 1.401 del Código Civil.

4) Antes de practicar la división de la comunidad la responsabilidad del cónyuge no deudor que no realizó debidamente inventario es claro que es ilimitada, pero resulta dudoso si tal responsabilidad será mancomunada o solidaria. Si se aplican por remisión del artículo 1.402 del Código Civil las normas relativas a la partición de herencia, la duda y el problema se trasladan a este momento, ya que si bien la mayoría de la doctrina y jurisprudencia defienden el carácter solidario (58), el tema no es pacífico (59).

por su propia naturaleza y finalidad son cargas de la sociedad (ex 1.362) y aquellas otras que por voluntad de ambos cónyuges afecten igualmente a la masa común (conforme al 1.367).

(57) Se trata, como hemos visto en otro lugar de este trabajo, de una responsabilidad limitada al patrimonio mercantil, la cual invadirá los gananciales cuando formen parte de aquel patrimonio, *per se* o por subrogación.

La dificultad de integración del patrimonio mercantil en la sociedad de gananciales lleva al legislador a configurarle con cierta autonomía.

(58) Para un análisis minucioso ver PEÑA, *ob. cit.*, págs. 325 y ss.

(59) LACRUZ considera que antes de la partición la responsabilidad es mancomunada, pues tal era el sistema anterior al Código Civil y persiste en él, que

En el supuesto del artículo 1.401 creo que existen razones para considerar que la responsabilidad es mancomunada antes de la división, pues si se admite que los cónyuges que se hubieran obligado conjuntamente responden de forma mancomunada, conforme al artículo 1.138 del Código Civil, resultaría excesivo entender que el cónyuge que no se obligó personalmente tenga una responsabilidad más fuerte e intensa. Además, ante la ausencia de una norma clara que regule este aspecto en materia de partición de herencia, ya que el artículo 1.084 del Código Civil se refiere sólo a la responsabilidad post-particional, habrá que acudir a las generales de las obligaciones. Coincide además esta solución con la que el artículo 1.698 del Código Civil nos da para el supuesto de la sociedad civil (60).

Después de la partición habrá que aplicar la norma del artículo 1.084 del Código Civil, y por tanto, la responsabilidad será solidaria y los acreedores podrán exigir el pago de las deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si el no deudor no formuló debidamente el inventario, o hasta donde alcancen los bienes a éste adjudicados, si ha realizado inventario, si a él se le reclaman, pudiendo, en este caso, el cónyuge demandado hacer citar al otro a los efectos correspondientes, muy especialmente a los del artículo 1.401, último párrafo, del Código Civil.

B. PREFERENCIA DE ACREEDORES

1. *Entre acreedores de la masa común y particulares de los cónyuges*

No existe sobre este aspecto una regulación clara. Antes de la reforma de 1981, LACRUZ sostenía que mientras no se divida la masa común, los acreedores de ésta tienen preferencia absoluta a los acreedores privativos, los cuales sólo pueden dirigirse contra la cuota del cónyuge deudor suyo en el consorcio postmatrimonial (61).

Hoy, parece claro que en esta fase de liquidación, si los cónyuges han realizado debidamente el inventario, habrá que reconocer preferencia sobre los bienes comunes, para el cobro de sus créditos, a los

sólo lo ha cambiado para después de la partición, y además por aplicación de las normas generales de las obligaciones

(60) Es cierto que la reforma 1981 eliminó la referencia que el antiguo artículo 1.395 hacía a las normas del contrato de sociedad como regulación supletoria, pero ello no obsta para que haya de reconocerse la semejanza y cercanía de ambas instituciones, y más, precisamente, en el sistema actual, en el que la organización de la administración y responsabilidades de la sociedad de gananciales tiene un mayor paralelismo con la de las sociedades personalistas.

(61) *Ob. cit.*, pág. 574.

acreedores sociales frente a los particulares de los cónyuges. Así resulta de la aplicación del artículo 1.034 del Código Civil, por remisión del artículo 1.402, y también del mismo artículo 1.401, que al establecer una responsabilidad *cum viribus* en favor del cónyuge que hizo inventario, implica una especial afectación del patrimonio ganancial en favor de los acreedores sociales.

Igual solución debe adoptarse, a mi juicio, en el caso de que no se haya hecho debidamente inventario, en base a los siguientes argumentos: a) que las normas de prelación de créditos no tienen por qué ser alteradas por el hecho de que se hayan o no cumplido ciertas formalidades que determinan el carácter limitado o ilimitado de la responsabilidad, en su caso. Por tanto, serían aplicables por remisión del 1.402 los artículos 1.034 y 1.082 del Código Civil. Suponen estos preceptos que hasta que se pague a los acreedores sociales, los particulares no podrán mezclarse en las operaciones de liquidación, y que aquéllos podrán oponerse a que los cónyuges se repartan los bienes mientras no se les pague o garantice el importe de sus créditos (62). b) Que del artículo 1.373 del Código Civil cuando dispone que «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla», se deducen dos importantes consecuencias: 1) que los acreedores particulares de un cónyuge sólo podrán perseguir los bienes de la masa común de modo *subsidiario* (63), o sea, si los

(62) En relación con este problema en sede de partición de herencia, un sector importante de la doctrina reciente sostiene, con fuertes argumentos, que las normas de los artículos 1.027 a 1.029 y 1.034 del Código Civil son también aplicables al supuesto de responsabilidad ilimitada del heredero. Así, LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, página 165, y PEÑA, *ob. cit.*, pág. 216. Por lo que se refiere al artículo 1.082 señala LACRUZ, pág. 164, que está destinado a salvaguardar el caudal, también en el caso de aceptación pura, del ataque de los acreedores particulares del heredero, de donde se deduce la preferencia de los acreedores del caudal. Y PEÑA (pág. 224) señala que la norma del artículo 1.082 se complementa con la del artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagran el principio tradicional de que antes es pagar que heredar, y que de ellos se deduce la facultad de los acreedores para oponerse no a la partición, en cuanto acto puramente divisorio, sino a que la partición se lleve a efecto, y en concreto a que se haga entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados, y que, por tanto, el juicio de testamentaria puede iniciarse no obstante la partición.

(63) Antes de la reforma 1981 el artículo 1.410 sólo admitía la responsabilidad subsidiaria de los gananciales por deudas antem matrimoniales y por multas y condenas. No obstante, era lógico sostener, como lo hacía LACRUZ (*Derecho de Fa-*

bienes privativos del deudor fueran insuficientes (64). 2) Pero basta que el otro cónyuge lo exija para que la traba se haga sobre su parte en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo provocará la disolución de aquélla.

Y precisamente esta última posibilidad lleva implícita la preferencia de acreedores sociales, pues al entrar en juego las normas de la liquidación de los gananciales y muy concretamente los artículos 1.394 y 1.404, únicamente quedará a disposición de los acreedores particulares un remanente líquido, es decir, después de deducidas las deudas del consorcio. Y no es lógico que esto suceda solamente cuando el cónyuge no deudor exija unilateralmente el desvío del embargo, pues la prelación quedaría entonces a su arbitrio (65).

Hay que tener en cuenta, además, que con relación a la sociedad civil (66), el párrafo primero del artículo 1.699 del Código Civil establece de manera expresa la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes de la sociedad, añadiendo el citado precepto, una norma

milia, pág. 521), que el régimen de ese precepto se aplicase a cualesquiera deudas distintas de las señaladas en el artículo 1.408.

(64) Salvo lógicamente que las deudas del cónyuge sean también de la sociedad conforme al artículo 1.369.

Por otra parte, la responsabilidad subsidiaria de los gananciales tiene dos excepciones: 1) la del artículo 995 del Código Civil cuando dispone que si la herencia fuese aceptada sin beneficio de inventario por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal. 2) Y la del artículo 6 del Código de Comercio, pues tanto si la empresa es ganancial como privativa habrá que entender que la limitación de responsabilidad a los gananciales que sean resultados del comercio, cuando el cónyuge del comerciante no preste el consentimiento, implicará la exclusión lógica de los demás gananciales. En relación con la responsabilidad de los gananciales, aunque la empresa sea privativa, ver CÁMARA: *Estudios...*, tomo I, pág. 87, nota 58.

(65) Sobre la posibilidad de que la facultad del artículo 1.373 de desviar la traba pueda ser ejercitada por los acreedores del consorcio, parece clara si el embargo se produce durante el período liquidatorio por aplicación remitida de los artículos 1.034 y 1.082. Pero también fuera de la fase liquidatoria, y en base a la preferencia que tienen los acreedores de la comunidad, podrían éstos ejercitar la correspondiente tercería y provocar el desvío. A esta interpretación podría oponerse la consideración de las graves consecuencias que implicará tal desvío, ya que llevará consigo la disolución de la sociedad conyugal, sin haber mediado el consentimiento del cónyuge no deudor. No obstante, conviene tener presente, por un lado, que tal disolución y liquidación consiguientes serán eventuales y puramente funcionales, con el fin de evitar perjuicios a los acreedores, ya que el mismo artículo 1.374 admite que el cónyuge no deudor opte en el plazo de tres meses por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales, la cual enlazará sin solución de continuidad con la anterior, pues así se deduce de la redacción del precepto al establecer que «... se aplicará el régimen de separación de bienes, *salvo que* ...». Por otro lado, conviene recordar aquí la norma del artículo 1.699 del Código Civil, que admite que los acreedores particulares de los socios se dirijan directamente contra la parte del deudor en la sociedad, lo cual supondrá una causa de disolución conforme al artículo 1.700-3.

(66) Ver nota 59.

semejante a la del 1.373, siquiera se conceda a los acreedores la posibilidad de dirigirse directamente contra la participación del deudor en el fondo social (67).

2. *Entre acreedores sociales y los cónyuges por los créditos que éstos tengan contra la masa por reintegros e indemnizaciones*

Antes de la reforma de 1981, los artículos 1.421 y 1.422 del Código Civil establecían una preferencia de créditos de la mujer, que había que interpretar lógicamente como preferencia frente al marido, pero no frente a los acreedores comunes (68), solución justa entonces si tenemos en cuenta que la mujer estaba al margen de la gestión de la comunidad.

La regulación actual es bastante confusa en este punto. Con el fin de aclarar el problema conviene hacer las siguientes precisiones:

1) Bienes privativos de cada cónyuge que se conservan individualizados y cuyo carácter de tales consta fehacientemente. En tal caso, estos bienes no tienen por qué incluirse en el inventario. No hay crédito contra el consorcio, sino sencillamente el derecho a separarlos de la masa común, si bien habrá que tener en cuenta, con relación a terceros, las normas de protección de la legislación hipotecaria y, tratándose de cónyuge comerciante las del Código de Comercio, especialmente las contenidas en los artículos 27 y 909 (69).

(67) No parece, en cambio, que los acreedores particulares de un cónyuge puedan perseguir directamente la cuota de éste en el consorcio, ni siquiera referida a bienes singulares, antes de la disolución de la comunidad. Conforme al artículo 1.373 los acreedores privativos habrán de dirigirse contra bienes concretos, y sólo si el otro cónyuge o los acreedores de éste lo exigen el embargo se desviará hacia la cuota. En cambio, ya disuelta la sociedad de gananciales y en fase de liquidación habrá que reconocerles el derecho a embargar la cuota de su deudor.

(68) En este sentido, LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 597.

(69) En cuanto a la hipoteca legal por dote y parafernales entregados hay que hacer constar que, según el criterio, a mi juicio más acertado, sólo cabría exigirla sobre bienes privativos del marido y no sobre gananciales. (Así, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, vol. 2, pág. 860; CHICO y BONILLA: *Apuntes de Derecho Registral*, tomo II, pág. 667, y también la Resolución de 25 de septiembre de 1937.) Y hoy incluso con más razón si tenemos en cuenta el actual sistema de cogestión, y que los acreedores consorciales podrían quedar afectados por tal privilegio de la mujer, a todas luces infundado en la actualidad. Habrá que esperar una pronta modificación de la Legislación hipotecaria en este punto para armonizar sus preceptos con la nueva orientación de igualdad de los cónyuges, pretendida por la reforma 1981.

Distinto será el caso de que voluntariamente hipotequen bienes gananciales en garantía de los reembolsos, cuya posibilidad parece quedar bastante allanada hoy al permitirse las donaciones entre cónyuges.

2) Los reintegros derivados de los bienes privativos gastados en interés de la sociedad, a los que se refiere el artículo 1.364 del Código Civil, y de los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad, referidos en el artículo 1.398-2.^a, párrafo segundo. En ambos casos habrá que reintegrar al cónyuge acreedor el valor que tendría en el momento de la liquidación el bien consumido. Pues bien, a estos dos supuestos de reintegro se refiere el citado 1.398-2.^a para incluirlos como partida independiente en el pasivo del inventario.

3) Reembolsos del valor satisfecho por un cónyuge para adquirir bienes comunes, o para realizar en ellos mejoras, a los que se refieren los artículos 1.358 y 1.359 del Código Civil, para establecer, el primero, el derecho al reintegro del importe actualizado al tiempo de la liquidación, y, el segundo, al reembolso del valor satisfecho (70). A estos supuestos se refiere explícitamente el artículo 1.398 en su regla 3.^a, para incluirlos en el pasivo del inventario.

La dificultad está en los supuestos 2) y 3) que engloban, en definitiva, todos los casos en que existe un derecho puramente obligacional en contra del consorcio y a favor de uno de los cónyuges, tal como se expresa el mismo artículo 1.398-3.^a «y, en general, las (cantidades) que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad».

Aunque no existe un precepto que establezca claramente la preferencia de los acreedores sociales sobre los cónyuges acreedores del consorcio por reintegros, tal preferencia parece deducirse de la regulación que se hace de la liquidación de la sociedad de gananciales. Y concretamente:

1.º Del artículo 1.398 que al regular las partidas que componen el inventario, las ordena situando en primer lugar «las deudas pendientes a cargo de la sociedad», partiendo ya inicialmente de una diferenciación neta de las otras partidas que integran el inventario y que se refieren precisamente a los reintegros y reembolsos a favor de los cónyuges (71).

(70) En el caso del artículo 1.358 la devolución se hará teniendo en cuenta el valor del dinero en el momento de la liquidación («importe actualizado», dice el citado precepto). Pero también en el caso del 1.359, párrafo primero (aun cuando no se refiere al importe actualizado), habrá que considerar que se trata de una deuda de valor, tanto por la propia redacción del precepto «reembolso del valor satisfecho» como por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.398-3.º, que con carácter general se refiere a reembolsos de cantidades anticipadas por uno de los cónyuges, que se contabilizarán en el pasivo del inventario por «su importe actualizado». No hay que olvidar que la Exposición de Motivos del Proyecto destacaba la «contemplación de todas las obligaciones de reembolso como deudas de valor, es decir, prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes».

(71) Tal distinción y orden resultan más significativos si comparamos el pre-

2.º Del artículo 1.399, cuando de un modo terminante dispone que «Terminado el inventario, se pagarán *en primer lugar* las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto de *las demás*, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos».

La cuestión radica en el sentido que se le dé a las frases «deudas de la sociedad» y «las demás» deudas, es decir, si esta última frase comprende todas las demás, incluidos los reintegros, o solo estrictamente las que componen la primera partida del pasivo del inventario, que no sean las alimenticias. Esta última es, a mi juicio, la interpretación más fundada: a) porque se ajusta al sentido y redacción del propio precepto, sobre todo si se le compara con el texto del Proyecto enviado al Congreso, cuya redacción era la siguiente: «Terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad. Si el caudal inventariado no alcanzase para ello se observará lo dispuesto para el concurso y prelación de créditos». b) Porque así se deduce de la redacción de los demás preceptos que ordenan la liquidación, los cuales se refieren sistemáticamente a «deudas de la sociedad» para comprender sólo las deudas de tercero (así, los arts. 1.400, 1.401 y 1.402).

3.º Y muy especialmente del artículo 1.403, en el cual se establece con claridad, por un lado, la distinción entre «deudas de la sociedad» y reintegros, y por otro, el orden de pago de ambos conceptos.

Por otra parte, esta solución está en consonancia con el sistema actual de cogestión, de modo que habrá que responsabilizar a ambos cónyuges de los resultados de la administración de la comunidad, y habrán de sufrir las consecuencias lógicas en su propio patrimonio.

Distinta será la consideración de esta solución si se mira desde el ángulo de los acreedores particulares de los cónyuges, quienes confiados en el patrimonio personal de uno de ellos, podrían verse postergados por el juego de las preferencias de los acreedores sociales frente a los particulares y a los cónyuges acreedores del consorcio por aportaciones de bienes privativos consumidos en favor de la comunidad (72).

cepto citado con el antiguo 1.419, que únicamente puntualizaba que se comprenderían en el inventario ciertas cantidades que habían sido satisfechas por la sociedad de gananciales.

(72) Sobre la posibilidad de hipotecar bienes gananciales en garantía de aportaciones privativas, ver nota 69. En todo caso los acreedores particulares podrán ejercitar las acciones revocatorias oportunas si se realiza en fraude o perjuicio de sus derechos, así como los recursos propios del acreedor de un heredero, por aplicación del artículo 1.083, como luego veremos.

C. OTROS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

Por lo que se refiere a los acreedores *sociales*, podrán hacer uso de la facultad que les concede el artículo 1.082, por remisión del 1.402, y, en consecuencia, oponerse a que se realicen adjudicaciones de bienes concretos de la masa común, mientras no se les pague o garantice el importe de sus créditos.

Pero además, como siempre serán acreedores particulares de uno de los cónyuges (73), podrán utilizar los recursos que les brinda el artículo 1.083, aplicable también, como luego veremos, a la liquidación de gananciales, y muy concretamente, velar para que en el activo del inventario se incluyan los reembolsos a los que se refiere el artículo 1.397, 2.º y 3.º

De todo lo dicho se desprende que los acreedores sociales tienen en la fase de liquidación de la comunidad de gananciales una posición bastante protegida. Cuentan con la responsabilidad ilimitada de ambos cónyuges, si el no deudor no realiza debidamente el inventario, para lo cual deberá haberseles citado. Son acreedores preferentes a los particulares de los cónyuges en relación con el patrimonio común (artículos 1.402, 1.034 y 1.082 del Código Civil), preferencia que resultará reforzada por la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil; son también preferentes a los propios cónyuges por reintegros, tal como hemos visto. Y pueden utilizar los demás medios de protección de que disponen tanto los acreedores de la herencia como los particulares del heredero (arts. 1.082 y 1.083).

D. EN ESPECIAL, LOS ACREEDORES PARTICULARES DE LOS CÓNYUGES

Los acreedores particulares de los cónyuges tienen una posición más endeble en esta fase de liquidación (74). Disuelta ya la sociedad de gananciales no existirá obstáculo para que puedan embargar la cuota del cónyuge deudor, pero tal cuota viene determinada, como antes hemos visto, por el remanente líquido, al que se llega después de haber satisfecho a los acreedores sociales, en primer término.

(73) Así resulta del artículo 1.365: «Los gananciales... responderán... de las deudas contraídas por un cónyuge», y del 1.369: «Las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad...»

(74) Dada la autonomía a la que tiende en la actualidad la actuación de los cónyuges y el sistema de gestión conjunta, es bastante probable que el centro de responsabilidad vaya desplazándose hacia los patrimonios privativos y deje de serlo en el futuro el patrimonio ganancial.

Podrán, no obstante, utilizar los recursos que le ofrece el artículo 1.083 del Código Civil. Bien es cierto que el artículo 1.402 del Código Civil se remite a las normas de liquidación de las herencias sólo para regular los derechos de los acreedores de la comunidad. Pero, la referencia que con carácter amplio hace el artículo 1.410 a «lo establecido para la partición y liquidación de la herencia» para regular «lo demás que no se halle expresamente determinado» en el capítulo relativo a los gananciales, nos lleva de la mano a la norma del 1.083 del Código Civil, que aunque no está situado en sede de partición, sí, en cambio, habrá que considerarla propia de la liquidación de la herencia, en el sentido amplio con el que se expresa el artículo 1.410 (75).

Con arreglo al artículo 1.083, los acreedores particulares de los cónyuges podrán intervenir en la liquidación de los gananciales e impedir que se adjudique a su deudor bienes de valor inferior, o metálico o muebles de fácil ocultación o pérdida, solicitar que se adicionen bienes o valores omitidos, concretamente, velar porque se incluyan en el pasivo de la sociedad como créditos de su deudor, los reintegros a los que se refiere el artículo 1.398, 2.º y 3.º, y en general, impugnar los actos realizados en fraude de sus derechos y ejercitar los derechos que correspondan al cónyuge deudor, incluso exigir la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, si se demorase por los cónyuges (76).

Especial consideración merece el análisis de los derechos de los acreedores en el caso de *renuncia de los gananciales* por uno de los cónyuges (77).

Para su estudio conviene distinguir los siguientes supuestos:

(75) Sobre la imprecisión terminológica en este punto ver nota 50.

(76) En este sentido conviene recordar la Sentencia de 26 de abril de 1962, que estimó legitimados a los acreedores para instar ellos mismos, ejercitando la acción subrogatoria, la liquidación de la sociedad de gananciales. Ver más adelante nota 79.

(77) No se planteará ya el problema de si la renuncia a los gananciales se refiere al régimen mismo o a los gananciales en sentido amplio, una vez disuelta la sociedad conyugal. La oscuridad con que se regulaba esta materia en el Derecho anterior hizo que la doctrina se debatiese ampliamente sobre el tema. (Un estudio detallado puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Acerca de ...*, citado.)

Sin embargo, hoy se podrá hablar, aunque de modo impropio e incorrecto, de renuncia a la sociedad de gananciales para referirse a la exclusión o eliminación del régimen de gananciales, que sería el caso contemplado en el artículo 1.435-2.º del Código Civil. Sin embargo, del artículo 1.392, al regular los casos de extinción de la sociedad de gananciales sin dar margen a dicha exclusión sin más, podría deducirse que sólo cabe tal eliminación antes del matrimonio. A pesar de ello no se percibe inconveniente serio para que, conforme al citado artículo 1.435-2.º, se limiten los cónyuges a disolver la sociedad de gananciales y liquidarla, en cuyo caso habrá que entender que la voluntad de los mismos será la de que entren en juego la norma legal supletoria, que en este caso será la citada anteriormente.

a) Renuncia a las consecuencias o efectos de la sociedad de gananciales. Con ella se pretendería una desvinculación absoluta con la comunidad, tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Si tenemos en cuenta que el patrimonio ganancial es un patrimonio colectivo destinado a unos fines concretos, al servicio del matrimonio, y, en consecuencia, a soportar las cargas que del mismo se deriven. Si consideramos que supone un ámbito de responsabilidad específico de la actuación conjunta o indistinta, según los casos, de los cónyuges, dentro del sistema actual de igualdad de ambos para afectar aquella masa, habrá que concluir que los cónyuges no pueden desentenderse de sus obligaciones ni, por tanto, renunciar al patrimonio que constituye su soporte material. Una renuncia en tal sentido no surtirá efecto alguno. Los acreedores sociales podrán dirigirse contra ambos cónyuges, quienes responderán ilimitadamente, conforme al artículo 1.401 del Código Civil. Los acreedores particulares podrán exigir que la liquidación se lleve a efecto, embargar la cuota del cónyuge deudor, intervenir en la liquidación, conforme al artículo 1.083 del Código Civil, y, en general, ejercitar todos los derechos que correspondan al cónyuge que pretenda desentenderse de las consecuencias de la comunidad de gananciales.

b) Renuncia a las consecuencias de la liquidación. En este caso lo que se pretende es renunciar a los resultados de la liquidación *strictu sensu*, y aunque se haya hecho debidamente inventario, y por tanto a los reintegros que le sean debidos, en su caso.

En este caso el renunciante no quedará exonerado de practicar la liquidación correspondiente, que podrá ser exigida por los acreedores sociales y también por los particulares del renunciante, por aquéllos, al objeto de que se reintegre a la masa común lo que a ésta le deban los cónyuges, y por éstos, para que se contabilicen en el pasivo de la sociedad los créditos del renunciante contra la misma.

c) Renuncia a los gananciales en sentido estricto, entendiendo por tales el resultado final de la liquidación, es decir, el remanente líquido. En este supuesto no existen obstáculos que se opongan a su validez. No obstante, se echa de menos una norma que regule sus efectos, tanto en relación con el otro cónyuge o sus herederos (acrecimiento), como en relación con los acreedores. Este último aspecto es el que nos interesa aquí. En la regulación anterior existía la norma del artículo 1.418 que se remitía al artículo 1.001 del Código Civil para atender a los derechos de los acreedores.

Hoy, a mi juicio, no es precisa tal remisión para que los acreedores del cónyuge renunciante queden protegidos.

Así como en la renuncia de la herencia, la exclusión de los efectos perjudiciales para los acreedores, exige además, por razones técnicas,

la aceptación, pues el heredero no adquiere esta cualidad automáticamente (78). No sucede lo mismo tratándose de renuncia de gananciales, en cuyo caso, teniendo en cuenta que los cónyuges son titulares de ese patrimonio y no necesitan aceptarlo, para evitar los efectos perjudiciales de la renuncia bastará acudir a los recursos generales, y concretamente a la acción Pauliana, cuyo ejercicio quedará facilitado por la presunción de fraude, que deberá aplicarse a todos los actos no onerosos (ex art. 1.297 del Código Civil); o al que ofrece el artículo 6-2 del Código Civil, en el sentido de que la renuncia sólo será válida en cuanto no perjudique a los acreedores (79).

III. EL REGIMEN DE SEPARACION Y LOS TERCEROS

El régimen de separación de bienes, cuya base la constituye el principio de independencia y autonomía de los cónyuges, puede suponer, si su organización jurídica no es correcta, un vehículo fácil para confabulaciones entre los esposos y un peligro importante para los acreedores (80).

Hay que señalar, no obstante, que el principio referido no suele realizarse de modo absoluto, y normalmente aparece mitigado, con más o menos intensidad, por normas correctoras, las cuales atienden por un lado los aspectos básicos de la vida en común que el matrimo-

(78) Por ello el legislador arbitra un recurso especial, que es el del artículo 1.001 del Código Civil, que no encaja ni en la típica acción revocatoria ni en la subrogatoria. Se trata más bien, como señalan LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 140), de una acción específica que se dirige a rectificar los efectos de un acto perjudicial a los acreedores, pero por el mero hecho de ser perjudicial, y a través de una «aceptación», sin otro efecto sobre el patrimonio del llamado que la extinción de las deudas que con la herencia puedan satisfacerse.

(79) La Sentencia de 26 de abril de 1962, en un caso en que los cónyuges habían liquidado por su cuenta los gananciales, se alegó por los actores que la liquidación se había hecho con el único fin de perjudicarles, por lo que se solicitaba en primer lugar la nulidad de la misma y subsidiariamente su rescisión por fraude de acreedores, estimándose lo primero, es decir, la ineficacia por considerar la existencia de ilicitud en la causa, conforme al artículo 1.275 del Código Civil. Pero también se admitió por la sentencia la pretensión de instar los demandantes la liquidación mediante el ejercicio de la acción subrogatoria. Para un comentario de esta sentencia puede verse DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, tomo I, pág. 446.

(80) El régimen de separación permite con mayor facilidad los trasvases patrimoniales entre cónyuges, y concretamente la llamada «puesta a nombre», dentro de cuyo concepto se engloban una serie de situaciones cuya nota común consiste en que se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato. (D abona el precio de la finca que se compra a T, y hace que figure como comprador su hijo H.) Así la describe FEDERICO DE CASTRO (*Negocio Jurídico*, pág. 343).

Para un estudio minucioso de este fenómeno puede verse PINTO RUIZ en *Estudios Jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Durán y Bas, págs. 69 y ss.

nio exige, constituyendo lo que se ha llamado régimen «primario» (81), y por otro, a la protección de los acreedores frente al abuso que pudiera derivarse de una excesiva autonomía en las relaciones entre cónyuges.

Vamos a analizar por separado estos dos grandes grupos normativos:

A. EL RÉGIMEN PRIMARIO Y LOS TERCEROS

El matrimonio crea siempre un mínimo de comunidad, la cual constituye la base de operaciones de la familia desde el punto de vista económico. Por ello, si bien la mayoría de legislaciones proclaman el principio de libertad de organización económica del matrimonio, las más contienen una serie de normas que fijan una base inalterable por los pactos capitulares y que se refieren sustancialmente a la contribución a las cargas del matrimonio, responsabilidad por deudas contraídas en interés del hogar, afección de ciertos bienes al interés familiar, medidas de protección de los cónyuges; y es aplicable cualquiera que sea el régimen secundario, y por tanto, también al supuesto de separación de bienes.

La reforma de 1981 introduce una serie de preceptos que se podrían considerar como reguladores de aquel régimen de base, normativa que estudiaremos distinguiendo:

1. *Responsabilidad de los cónyuges por deudas contraídas para atender las cargas del matrimonio*

La existencia de unas necesidades comunes que el matrimonio engendra inevitablemente cualquiera que sea su régimen económico, habrá de atenderse con los medios aportados por los cónyuges.

En nuestro Código Civil existe una norma genérica que impone la obligación de ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68), y, en relación con los hijos la de su sostenimiento y alimentación (art. 156).

Pero el precepto base, desde el punto de vista económico, es el artículo 1.318 cuando ordena que «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» (82).

(81) A este régimen primario habrá que adscribir los preceptos del capítulo I del título III, bajo el epígrafe «Disposiciones generales».

(82) Esta norma base se desarrolla a través de una serie de preceptos, y especialmente en el artículo 1.362-1.º, que en sede de gananciales hace recaer sobre éstos principalmente las cargas del matrimonio; y en el 1.438 que, en régimen de separación, establece el criterio de reparto de las cargas entre los cónyuges, según lo convenido entre ellos o en proporción a sus recursos.

Este principio normativo plantea una serie de problemas que vamos a analizar brevemente:

a) *Delimitación de las cargas del matrimonio*.—Intentaremos hacerlo en un doble ámbito:

1) *Cualitativamente*.—El artículo 1.319 nos señala un primer criterio cuando habla de «necesidades ordinarias de la familia». Por tanto, serán cargas del matrimonio, en general, todos los gastos y deudas contraídas para satisfacer tales necesidades. Ahora bien, es preciso indagar más concretamente cuáles sean tales necesidades familiares y ello puede hacerse acotándolas en un doble campo:

a) Mediante su determinación y descripción, que puede hallarse haciendo un recorrido por los preceptos que regulan o desarrollan los deberes básicos de la familia. Así, el artículo 68 que impone el de socorrerse recíprocamente los cónyuges, que se concretará de modo más inmediato en el de alimentos, que se describe en el artículo 142 cuando nos dice que «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el *sustento, habitación, vestido y asistencia médica*».

En relación con los hijos el artículo 154 establece el deber de «alimentarlos, *educarlos* y procurarles *una formación integral*».

Por su parte, el artículo 1.362-1.º, cuando regula las cargas de la sociedad de gananciales, incluye las derivadas de deberes primarios, concretamente: «El *sostenimiento* de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las *atenciones de previsión*». Además, el propio artículo 1.318, en su último párrafo, añade los *gastos necesarios causados en litigios* contra tercero en provecho de la familia.

De todos estos preceptos resulta que son necesidades de la familia el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación de los hijos y su formación integral, gastos necesarios de litigio y atenciones de previsión (83).

b) Concretando a estos efectos lo que se entiende por familia. Habrá que considerar como familia lógicamente a los propios cónyuges y a los hijos comunes, pero también, y desde el punto de vista de las cargas del matrimonio, a los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan en el hogar familiar (arts. 1.362-1.º, y 1.368) (84).

(83) Para atender estas necesidades podrá cualquiera de los cónyuges comprometer en régimen de gananciales los bienes comunes (arts. 1.365-1.º y 1.368, en relación con el 1.319), y en régimen de separación los bienes del otro cónyuge (conforme al art. 1.319).

(84) En el caso de separación de hecho, la familia, desde el punto de vista de contribución a las cargas, queda reducida a las relaciones padres-hijos. La relación entre cónyuges está en suspenso. Así se desprende del artículo 1.368 del Código Civil cuando dispone que «también responderán los bienes gananciales de las

2) *Cuantitativamente*.—El Código Civil, después de la reforma de 1981, utiliza un primer criterio limitativo, consistente en la consideración de que las «cargas» son las derivadas de las necesidades ordinarias según el uso del lugar y circunstancias de la familia (artículos 156, 1.319 y 1.362-1.º).

No obstante, el artículo 156 dispone que serán válidos los actos que realice uno de los padres en situación de *urgente necesidad*, y el 1.386, que «Para realizar gastos *urgentes* de carácter necesario, aun cuando sean *extraordinarios*, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges».

Parece, pues, que también los gastos necesarios urgentes, aunque sean extraordinarios, deberán considerarse como carga del matrimonio, y ello es lógico si se piensa que a lo largo de la vida matrimonial se atraviesan situaciones difíciles y momentos críticos a los que habrá que hacer frente de modo conjunto, para salvar la subsistencia de la familia.

b) *Extensión de la responsabilidad patrimonial por las cargas del matrimonio*.—En el *aspecto externo*, o sea, desde el punto de vista de la responsabilidad frente a tercero por deudas contraídas en interés del hogar, conviene distinguir:

1) *Gastos ordinarios*.—Son los gastos usuales y que se acomodan a las circunstancias de la familia (arts. 156, 1.319 y 1.362-1.º).

Estos gastos pueden ser realizados y las deudas consiguientes contraídas, válidamente, por cualquiera de los cónyuges (arts. 1.440, segundo párrafo, y 1.319) (85). Así lo dispone este último precepto cuando dice en su primer párrafo que «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma» (86).

obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

(85) La remisión que el segundo párrafo de este precepto hace al artículo 1.438 habrá que entenderla referida a la regulación del aspecto interno, ya que en relación con los terceros no podrá alterarse por convenio entre los cónyuges la responsabilidad establecida en el artículo 1.319. Como veremos más adelante, la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge sólo cesa, salvo pacto en contra, con la admisión de la demanda de separación (art. 102, párrafo segundo).

(86) Aunque de la redacción de este precepto podría deducirse que la actuación de un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica está limitada a las necesidades «encomendadas a su cuidado», hoy habrá que tener en cuenta el principio básico que orientó la reforma de 1981, que es el de la igualdad de los cónyuges, tanto en el ejercicio de la patria potestad como en el de las facultades dentro del matrimonio, principio que deberá incidir en la valoración de aquellos usos del lugar a los que se refiere el citado artículo.

Y la extensión de su responsabilidad viene señalada en el párrafo segundo del citado artículo cuando establece que de «Las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad (la doméstica de gastos ordinarios) responderán *solidariamente* los bienes comunes (87) y los del cónyuge que contraiga la deuda y *subsidiariamente* los del otro cónyuge».

Esta norma habrá que interpretarla en el sentido de que rigiendo la separación de bienes responderán en primer lugar los del que contrajo la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge, sin perjuicio de las correcciones internas, conforme al artículo 1.438.

El sistema de responsabilidades del artículo 1.319 subsiste, en relación con terceros de buena fe, incluso en los casos de separación de hecho, y aun cuando en capitulaciones se hubiere pactado la absoluta independencia y autonomía, ya que la norma del artículo 1.319 es de carácter básico o primario, y porque conforme al artículo 69 del Código Civil se presume que los cónyuges viven juntos, cesando únicamente la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge cuando se haya admitido la demanda o se haya dictado sentencia de separación, conforme a los artículos 102, párrafo segundo, y 83 del Código Civil.

Podría plantearse aquí el problema de si la responsabilidad subsidiaria tendrá carácter mancomunado o solidario. Como se dijo en otro lugar de este trabajo (88), parece que la responsabilidad, en el caso del ejercicio de la potestad doméstica, será subsidiaria pero solidaria. Es decir, que el cónyuge no deudor responderá con sus propios bienes, si el otro no los tiene suficientes, hasta el importe íntegro de la deuda contraída en ejercicio de aquella potestad.

2) *Gastos familiares extraordinarios*.—Son también realizados en interés de la familia para atender las cargas del matrimonio, y a ellos nos hemos referido anteriormente.

En relación con estos gastos, el artículo 1.386, para el caso de que

(87) La referencia que el artículo 1.319 en su párrafo segundo hace a los bienes comunes habrá que entenderla limitada a los que tengan tal carácter como consecuencia de un régimen de comunidad y no a los que en régimen de separación pertenezcan a los cónyuges en condominio ordinario.

Cabría pensar, no obstante, en la posibilidad que los cónyuges tienen, al amparo de la libertad que le otorga el artículo 1.325 del Código Civil, de constituir un «fondo común» afecto a las cargas del matrimonio.

En Derecho italiano se recoge y regula el llamado fondo patrimonial como un patrimonio de destino, con la finalidad de atender a las cargas familiares. Su administración se rige por las normas de la comunidad legal. Y para realizar actos de disposición, si no se pactó otra cosa en el acto de constitución del fondo, se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, y, si hay hijos menores, la autorización del Juez.

(88) Ver pág. 70.

el régimen del matrimonio sea el de gananciales, admite que uno sólo de los cónyuges realice, con cargo a los bienes comunes, gastos urgentes de carácter necesario aunque sean extraordinarios.

En régimen de separación no existe un precepto semejante, y el artículo 1.440 parece adoptar una posición contraria a la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no deudor al establecer que «Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad», añadiendo que «En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica *ordinaria* responderán ambos cónyuges en la forma que determine el artículo 1.319».

Estos preceptos parece que no dejan margen para admitir una responsabilidad del cónyuge no deudor por gastos extraordinarios.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que respecto de los gastos urgentes necesarios para atender los deberes de la patria potestad, la norma del artículo 156 del Código Civil establece la presunción de que los padres actúan en el ejercicio ordinario de la patria potestad y con el recíproco consentimiento, en relación con terceros de buena fe, y que serán válidos los actos que realice uno solo «en situaciones de urgente necesidad» (89).

(89) La redacción de este precepto suscita serias dificultades de interpretación. El párrafo primero incluye entre los actos que válidamente puede hacer uno solo de los padres los de urgente necesidad. Sin embargo, el párrafo tercero establece una presunción, en favor de terceros de buena fe, que parece limitada a la actuación de un cónyuge en el ejercicio *ordinario* de la patria potestad. Podría entonces entenderse que dada la redacción del precepto, desde el punto de vista de la responsabilidad con terceros, se excluyen los actos urgentes si son extraordinarios.

Pero, a mi juicio, el hecho de que el gasto sea extraordinario no significa que quede excluido del ejercicio ordinario de la patria potestad, sino que, por el contrario, los deberes que ésta implica pueden exigir, en el ejercicio ordinario, la realización de gastos urgentes aunque sean extraordinarios, si tales gastos son consecuencia de aquellos deberes que con carácter general establece el artículo 154 del Código Civil. De modo que una operación quirúrgica, por ejemplo, que suele o puede ser un gasto extraordinario, es una exigencia necesaria, impuesta por el propio artículo 154, y, si es urgente, ha de entenderse incluida en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

Además, del mismo artículo 156, en su párrafo tercero, se puede deducir tal conclusión, pues al remitirse a los supuestos de los dos párrafos anteriores, para considerar que en tales casos actúan los padres en el ejercicio ordinario, está incluyendo el caso concreto del párrafo primero, que admite que uno solo de los cónyuges realice válidamente actos de urgente necesidad, sin distinguir si son ordinarios o extraordinarios, e incluso habrá que entender que se refiere a los extraordinarios, pues de otro modo no tendría sentido añadir específicamente los actos «en situaciones de urgente necesidad», y hubiera bastado con la referencia al uso del lugar y circunstancias. Y no sería lógico que declarada la validez de estos actos en el párrafo primero no surtieran efectos frente a tercero, siendo así que el interés de éstos deberá ser preferente al individual de los padres. Presuponiendo además aquella validez la eficacia del acto.

Desde otro punto de vista, y con el objeto de encontrar una interpretación que

Por otra parte y con carácter general, los acreedores, en el supuesto de que los gastos se hubieran realizado para evitar un perjuicio inminente y manifiesto (operación quirúrgica, etc.), podrán hacer uso de la norma del artículo 1.893, último párrafo, y también de la acción subrogatoria para reclamar la contribución proporcional correspondiente que en el ámbito interno deba al cónyuge deudor.

El sistema de responsabilidad por cargas matrimoniales en relación con terceros, no afecta al ámbito *interno*, es decir, al régimen de contribución a las cargas entre los cónyuges.

Tal contribución a las cargas, la obligación de reembolso y su proporción, en definitiva, el reparto interno de las mismas, vienen determinados por los pactos y por el régimen económico que rijan el matrimonio. Por ello, el artículo 1.319, en su último párrafo, dispone que «El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades (las ordinarias de la familia) tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

El criterio de reparto interno, en régimen de separación, nos lo da el artículo 1.438: se hará según lo *convenido* entre los cónyuges y, en su defecto, *proporcionalmente a sus respectivos recursos* económicos.

Se establece, pues, el principio de libertad de pacto para regular los reembolsos, y en su defecto, la proporcionalidad a los recursos económicos de cada uno.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *recursos*? El artículo 1.436, reformado en 1975, establecía la proporción con los bienes. El actual 1.438 se refiere al término más amplio de recursos. Este concepto comprenderá lógicamente las rentas y frutos de los bienes y demás ingresos procedentes de su actividad. Pero también las rentas o frutos que normalmente producirían los bienes de un cónyuge que estén improductivos o no rindan la utilidad ordinaria, por abandono doloso o por mera negligencia (90).

coordine ambos párrafos primero y tercero del artículo 156, se podría entender que el primero está regulando el aspecto interno, siquiera utilice con un criterio poco técnico el término «válidos», pues así se deduce de la situación de esta norma a continuación inmediata y sin punto y aparte de la primera norma del mismo párrafo, que regula la manera de ejercerse la patria potestad entre los progenitores. Con esta interpretación el párrafo tercero estaría referido a las relaciones externas, y por tanto a los terceros y al tráfico.

(90) Así se podría deducir del mismo concepto de la palabra recursos. El Diccionario de la Real Academia la define como «bienes, medidas de subsistencia». En sentido económico se consideran recursos los medios materiales de que se puede disponer para ser utilizados en un proceso económico.

Por otra parte, el artículo 1.318 dispone con carácter general en su primer párrafo que todos los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y admite, en su segundo párrafo, que si un cónyuge desatendiera el deber de contribuir a las cargas, podrá el otro solicitar del Juez que

El precepto citado introduce la novedad de que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, por lo que tal actividad habrá de considerarse como un recurso económico a estos efectos, y deberá tenerse en cuenta y contabilizarse al objeto de determinar la proporción en la que los cónyuges han de contribuir a las cargas de la familia (91).

2. *Afección de ciertos bienes al interés familiar*

El artículo 1.320 del Código Civil establece que «Para disponer de los derechos sobre la *vivienda habitual* y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Este precepto introduce una limitación al derecho de propiedad, en aras del interés familiar, que incide sobre la facultad de disposición, alterando el sistema normal de la legitimación para disponer, limitación que resulta excepcional dentro de nuestro sistema jurídico (91 bis). Quizá por ello la redacción del precepto es oscura y hasta cierto punto contradictoria, y plantea serios problemas de interpretación.

Así, el primer párrafo está redactado con técnica semejante al artículo 1.377 cuando regula la legitimación para disponer a título oneroso de los bienes gananciales. Por tanto, la consecuencia lógica de su infracción debería ser la del artículo 1.322, cuando establece que si

se adopten las medidas cautelares al efecto. De modo que a través de esta posibilidad podría hacerse efectiva aquella si se considera que el cónyuge que abandona negligentemente la productividad de sus bienes está desatendiendo los deberes familiares. Es más, el artículo 103-5° permite que entre las medidas a adoptar en el caso de que se admita la demanda de separación, nulidad o divorcio, se «determine en su caso el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».

(91) Así, en el caso de un matrimonio en el que uno de los cónyuges tiene recursos de 100 y el otro sólo su trabajo en el hogar, que se valora en 50, si las cargas de la familia son de 60, habrá que distribuir las proporcionalmente a ambos recursos, de modo que el de 100 contribuirá con 40 y el de 50 con 20, que se le computará de su trabajo, quedando a su favor un crédito de 30 a los efectos de la compensación a la que se refiere el artículo 1.438.

Si el trabajo de la casa no se computase como recurso, el resultado sería injusto para el otro cónyuge.

(91 bis) Entiende AVILA ALVAREZ (*Rev. Crítica de D. Inmobiliario*, 1981, página 1380) que bajo el concepto disposición hay que incluir la transmisión por cualquier título oneroso o gratuito, aun con reserva de usufructo o derecho de arrendamiento, y también la constitución de hipoteca o la de un derecho real de goce.

la ley requiere para un acto de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser *anulados* a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1.320 suaviza tales consecuencias, pues, de acuerdo con lo en él dispuesto, bastará con que el cónyuge propietario manifieste que el inmueble que pretende enajenar no tiene el carácter de vivienda habitual, para que la disposición surta efectos frente al adquirente de buena fe. No otro puede ser el significado de la norma cuando utiliza la expresión «no perjudicará al adquirente de buena fe».

Este último párrafo distorsiona así el efecto más severo, de anulabilidad, sancionado por el artículo 1.322, y deja, en la práctica, al arbitrio del propietario el cumplimiento de aquel deber primario que exige la afección de la vivienda al interés de la familia.

Se echa de menos, en este sentido, el complemento registral necesario para proteger el legítimo interés del otro cónyuge, que coincide en este caso con el familiar, mediante un procedimiento adecuado para hacer constar en el Registro de la Propiedad el carácter habitual de la vivienda o su destinación a tal finalidad, al modo de una afección o «servidumbre» familiar.

No obstante, y a la vista del texto del artículo 1.320, habrá que concluir que cuando el cónyuge propietario de la vivienda pretenda enajenarla, le bastará con declarar que no tiene tal destino, y en consecuencia, aquel control y defensa del interés familiar quedarán reducidos a una simple obligación formal de manifestar la desafectación. Sólo en el caso de falta de declaración al respecto o cuando esté claro que se trata de una vivienda familiar la legitimación para disponer necesitará del complemento exigido por el primer párrafo del citado precepto.

A esta conclusión se llega a través de los siguientes argumentos:

a) La propia redacción del párrafo segundo del 1.320, cuyo texto viene a establecer que la disposición surtirá todos sus efectos respecto del adquirente de buena fe, si el titular ha hecho manifestación de que el inmueble no tiene carácter de vivienda familiar; lo que significa que el acto dispositivo no ha necesitado del consentimiento del otro cónyuge para conseguir su eficacia. Y es que el artículo 1.320 contempla dos supuestos: aquél en que consta el carácter habitual de la vivienda, en cuyo caso la falta de consentimiento o autorización, provocará la *anulabilidad* del acto, con arreglo al 1.322 (párrafo primero); y cuando el titular haya hecho manifestación expresa (aunque ésta sea falsa o

errónea) de que el inmueble no tiene el referido carácter, en cuyo supuesto la disposición surtirá toda su eficacia respecto al adquirente de buena fe (párrafo segundo). b) Precisamente este tratamiento excepcional del adquirente, que no es tercero, en sentido técnico, puesto que ha sido parte en el contrato (92), y que no resulta afectado por la anulabilidad que alcanza al adquirente en los demás casos del artículo 1.322, nos lleva a reafirmar aquella interpretación. c) El carácter excepcional que tiene la limitación impuesta al cónyuge titular, en el marco de nuestro sistema jurídico. Quizá por ello el legislador no se atrevió a establecer, de modo concluyente, la consecuencia lógica del artículo 1.322 (93).

Ahora bien, el hecho de que el adquirente de buena fe no sufra perjuicio alguno por la declaración errónea o falsa del disponente, no significa que, desde el punto de vista interno, quede el acto sin más consecuencias. Pues si en este caso (que es el del 1.320, segundo párrafo) carece el cónyuge no titular de remedio alguno para deshacer los efectos de la disposición, no parece lógico entender que el Derecho le deje totalmente inerme frente a un acto que a veces será fundamental para la convivencia familiar. Y para evitar tal situación se podría hacer entrar en juego el principio de la subrogación real sobre el dinero procedente de la enajenación, e incluso considerar la posibilidad de que el cónyuge no titular pueda exigir que el dinero procedente de la transmisión se invierta en la adquisición de otro inmueble con el mismo destino (94). Al reconocimiento de esta facultad podría conducirnos

(92) Tercero civil es el que no ha sido parte en el contrato, y más técnicamente, tal como lo define ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 645 y siguientes), «el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado en su formación o desenvolvimiento», considerando este autor como tercer adquirente el que subentra en virtud de negocio jurídico en el derecho del transmitente, y, por tanto, al ser causahabiente de éste no podrá adquirir más de lo que éste puede dar.

Pero en ningún caso podrá considerarse tercero a quien hubiera sido parte en la misma relación jurídica que pretende calificarse. Por eso incluso en el campo registral la inscripción no convalida los actos nulos.

En nuestro caso, si al adquirente, que no tiene la condición de tercero, sino la de parte en el contrato, se le exige de las consecuencias de un vicio del mismo, lo que se está es facilitando al cónyuge titular la posibilidad de transmitir sin el control del párrafo primero del artículo 1.320. En definitiva, la norma de este precepto, bajo el disfraz de la frase «no perjudicará al adquirente de buena fe», está exonerando al cónyuge titular de la exigencia del primer párrafo de dicho artículo a los efectos de una transmisión eficaz. (Otro problema será el de los efectos en relación con el otro cónyuge.) Y es que el legislador no se atrevió a limitar la facultad de disposición del propietario con todas sus consecuencias; en aras del interés familiar.

(93) El párrafo segundo del artículo 1.320 fue introducido por el Congreso de Diputados y no figuraba en el Proyecto.

(94) Si la disposición se ha realizado a título gratuito, habrá que aplicar la presunción del artículo 1.297 del Código Civil, la cual, combinada con la norma

el artículo 1.318, párrafo primero, cuando dispone la afectación de todos los bienes al levantamiento de las cargas familiares, y especialmente su párrafo segundo al establecer que «Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas (las del matrimonio), el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes...» (95).

Supuesto que no se haga declaración alguna o esté claro que se trata de una vivienda habitual del matrimonio, se plantea el problema de la forma y el tiempo a los cuales deberá ajustarse el referido consentimiento, y más concretamente, si cabe un consentimiento anticipado en capitulaciones matrimoniales.

Antes de entrar en su análisis conviene precisar que, dado el carácter específico de este consentimiento, no podrá entenderse comprendido dentro del general para disponer de los gananciales, ni dentro del poder para disponer de los bienes propios del poderdante.

Estudemos ahora los siguientes supuestos:

a) En *situación normal* del matrimonio.—Si el consentimiento pretende otorgarse anticipadamente en *capitulaciones*, como un pacto más de las mismas, supondría en la práctica, a mi juicio, una renuncia a la facultad de control que supone aquella exigencia de intervención en la disposición, facultad que debe permanecer libre hasta el momento de la enajenación, pues es entonces cuando se podrá valorar ponderadamente su alcance, teniendo en cuenta las circunstancias de la familia en ese momento (número de hijos, edad de éstos, situación económica, etc.). Tal renuncia que va implícita en la irrevocabilidad unilateral de los capítulos (art. 1.331 del Código Civil), haría nulo el consentimiento así prestado, por aplicación del artículo 6-2 del Código Civil (96).

Distinto será el supuesto del consentimiento dado por el cónyuge no propietario anticipadamente, en escritura a tal objeto, y en forma *genérica*, es decir, sin concretar una vivienda determinada, pero referido, desde luego, a la que en su momento tuviere tal destino. En este caso, no existe una dejación de aquella facultad de control, ya que el

del 1.318, párrafo primero, que afecta todos los bienes de los cónyuges al «levantamiento de las cargas del matrimonio», y la del artículo 7, cuando establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la ley no ampara el ejercicio antisocial del mismo; hace tránsito a la consideración del mero perjuicio a aquellos efectos.

(95) Otras manifestaciones de esta protección a través de la vivienda familiar se encuentran en el artículo 96, último párrafo; 103-2.º y de alguna manera en el 1.406-4.º

(96) Otro problema es el de si cabe un consentimiento revocable unilateralmente en capitulaciones.

cónyuge no titular podrá revocar el consentimiento cuando a su juicio hayan variado las circunstancias. La facultad de control podrá ejercitarse ahora por vía de revocación.

Pero, además, la validez de un consentimiento prestado genéricamente, resulta avalada por las siguientes consideraciones: 1) Si la simple manifestación del propietario en el sentido de que no se trata de vivienda habitual, basta para que se produzca la eficacia de la disposición en relación con el adquirente de buena fe (aunque la manifestación del art. 1.320 se refiere al destino y no a la existencia del consentimiento), con mayor razón habrá que sostener la eficacia de la venta si existe un consentimiento formal no revocado del cónyuge no propietario. 2) Si se hubiere otorgado el consentimiento anticipado en relación con una vivienda concreta, lo cual no parece que admita duda, estaríamos ante una situación semejante a la planteada por el consentimiento genérico, cuando no se haga uso de aquél en un breve plazo; y lo normal es que un matrimonio conserve su vivienda durante un tiempo muy largo o por toda la vida del mismo. 3) El artículo 1.320, en cuanto supone una norma excepcional ha de interpretarse del modo más favorable a la libertad de disposición, siempre que los intereses familiares que intenta proteger queden salvaguardados.

b) Si la convivencia se ha roto, habrá que distinguir:

1) Separación de hecho.—Si el matrimonio carece de hijos comunes, la relación familiar reducida a la conyugal, está en suspenso, y de momento no existe interés familiar sobre la vivienda, que dejará de ser de uso común, y por tanto, quedará desafectada. En este caso no parece que haya obstáculo en admitir la validez del consentimiento otorgado en capítulos, o en un convenio regulador de dicha separación.

Si existen hijos comunes sujetos a la patria potestad y que convivan con el cónyuge titular de la vivienda, será válido, a mi juicio, el consentimiento otorgado como pacto capitular o dentro del convenio de separación, pues es lógico entender que si uno de los cónyuges, previo convenio regulador de la separación, ha asumido el cuidado de los hijos (97), es que el otro le ha confiado las facultades familiares, que ahora están reducidas a las derivadas de la relación paterno filial. Y en este caso, el control que aquel consentimiento para enajenar la vivienda supone, podría incluso considerarse innecesario, al objeto de defender los in-

(97) La posibilidad de convenio sobre el cuidado de los hijos y sobre el ejercicio de la patria potestad está reconocida hoy en el artículo 156 cuando dice que ésta se «ejercerá por ambos progenitores o por uno con el consentimiento... del otro». «Si los padres viven separados... se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva.» Y el artículo 159, al regular la convivencia de los hijos en caso de separación de los padres, da preferencia al acuerdo de éstos.

tereses familiares. Por eso el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, al regular los efectos de la sentencia de separación (nulidad y divorcio), establece que «Para disponer de la vivienda... cuyo uso corresponda al cónyuge *no titular* se requiere el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial». Del contenido de este precepto se deduce que cuando el uso de la vivienda le corresponda a su *titular*, en los casos referidos de separación judicial, nulidad o divorcio, no necesitará tales consentimiento o autorización.

Bien es cierto que el supuesto del artículo 96 del Código Civil existe un control judicial, ya se ejerza a través de la aprobación del convenio regulador (art. 96, párrafo primero, en relación con el 90 del Código Civil) o directamente, mediante la adopción de las medidas adecuadas, que convengan al interés de los hijos (art. 92 del Código Civil). No obstante, hay que reconocer que el trasfondo que inspira su regulación, es idéntico al de la separación de hecho convenida.

Si los hijos comunes conviven con el cónyuge *no titular* de la vivienda, parece lo más razonable considerar que ésta queda afectada en interés de los hijos (98). Por ello, el cónyuge que asume las responsabilidades derivadas de la paternidad, no podrá renunciar a la facultad controladora, como entendemos que lo haría si presta un consentimiento anticipado e irrevocable. Pues, aunque en materia de separación judicial se parte siempre del acuerdo previo entre los cónyuges, este convenio regulador de la nueva situación ha de pasar ineludiblemente por el tamiz de la aprobación judicial, e incluso será modificado siempre que se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 90, párrafos segundo y tercero) (99).

(98) Adviértase que el artículo 96 establece que, en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar «corresponde a *los hijos* y al cónyuge en cuya compañía vivan». La preferencia del interés de los hijos determina el uso de la vivienda.

(99) Se podría plantear aquí el problema de la validez del consentimiento irrevocable para la enajenación cuando el cónyuge titular constituya en favor del otro cónyuge y de los hijos que con éste convivan un derecho de usufructo o habitación, pues entonces el interés familiar, en cuanto al uso de la vivienda, quedaría salvaguardado de ese modo.

Incluso en este caso resulta dudosa su validez, pues la afección especial de la vivienda ha de considerarse en todo su valor, en previsión de que por cambios necesarios de domicilio o por otras circunstancias especiales sea necesario incluso proceder a la venta, afectando su importe al objeto de conseguir otra vivienda, facultad que podría deducirse del párrafo segundo del artículo 1.318 del Código Civil. En caso de separación judicial esta posibilidad podría derivarse del artículo 103-2.º cuando entre las medidas a adoptar por el Juez, admitida la demanda, regula la que consiste en «determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno»; y sobre todo del número 5.º de dicho artículo al añadir la posibilidad de señalar el régimen de administración y disposición de

2) Separación judicial.—En este caso se produce la suspensión legal de la vida en común (art. 83 del Código Civil), suspensión que comenzará en el momento de admisión de la demanda (art. 102-1.º). Las relaciones familiares quedan reducidas a las paterno filiales, cuya protección goza de interés preferente en la regulación de tal situación. Por eso el artículo 96 atiende a este criterio preferencial cuando regula la adjudicación del uso de la vivienda familiar, que «corresponderá a hijos y al cónyuge en cuya compañía vivan». Pues bien, en tales casos si la vivienda se ha adjudicado a su titular, el consentimiento para la enajenación será innecesario, tal como se desprende del citado precepto 96 en su último párrafo. En cambio, si se adjudica al «no titular» se requerirá el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial».

Sin embargo, en este último caso, dada la intervención del Juez en la aprobación del convenio regulador, si se pactase en él el consentimiento anticipado, lógicamente habrá de considerarse válido.

B. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y LIBERTAD DE LOS CÓNYUGES Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

En régimen de separación de bienes, la libertad y autonomía de los cónyuges es amplísima, en el marco de nuestro Código Civil. El artículo 1.323 formula el principio de libertad de contratación, al disponer que «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» (100). El artículo 1.437 consagra la autonomía patrimonial de los cónyuges cuando establece que corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de sus bienes. Y por último, el 1.440 establece el de responsabilidad exclusiva por las propias deudas (101).

aquellos bienes privativos que por capítulos o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

(100) La Exposición de Motivos del Proyecto 1981 señala entre los aspectos sociales y económicos de relieve «la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que, autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad».

Conviene hacer constar, sin embargo, que en las regiones en las que el régimen legal es el de separación existen normas restrictivas, tales como la del artículo 4, párrafo tercero, de la Compilación balear, en la que matiza la libertad de contratación limitándola a los contratos onerosos. Y en igual sentido el artículo 11 de la Compilación catalana, complementado por el artículo 20.

También en la Compilación navarra, la Ley 76 establece, cualquiera que sea el régimen del matrimonio, una restricción para las donaciones de la mujer al marido cuando excedan de los regalos módicos, consistente en la necesidad de la aprobación de los parientes mayores de la donante.

(101) La Legislación fiscal no ha tenido en cuenta esa autonomía que pretende consagrar la reforma 1981. Así, la Ley de 8 de septiembre de 1978, reguladora del

Pero el legislador no puede sustraerse a la realidad de la vida en común que el matrimonio implica, ni a la consideración de que los terceros siempre tendrán presente que en el caso de un cónyuge se trata de un contratante comprometido en una cierta comunidad.

Por ello la mayoría de las legislaciones establecen una serie de medidas limitativas, en beneficio de los acreedores.

Analizaremos ahora las normas destinadas a proteger a los que contratan con los cónyuges en régimen de separación de bienes, distinguiendo las que se refieren al supuesto especial del cónyuge comerciante y las de aplicación general.

a) *Supuesto de cónyuge comerciante*

Los acreedores del cónyuge comerciante cuentan con una serie de normas protectoras de carácter general, entre las que se incluye la del artículo 1.442, que luego examinaremos, pero además, y de manera específica con otras que tienen —como señala CÁMARA (102)— un carácter acusadamente formal, pues realizan la protección a través de la inscripción en el Registro Mercantil.

Esta normativa que se contiene fundamentalmente en los artículos 21-9, 27, 909-1.º y 2.º, del Código de Comercio, y 76 del Reglamento del Registro Mercantil (103), no ha sido modificada ni en 1975 (salvo el art. 21-9 del Código de Comercio) ni ahora, y está redactada en función de la legalidad anterior que atendía a los intereses de la mujer, partiendo del supuesto normal en otro tiempo que era el del marido comerciante, y del sistema de organización de los gananciales en el que la administración se confiaba al marido; lo cual planteará graves problemas de coordinación e interpretación.

Hecha esta observación, veamos ahora las consecuencias de la

impuesto sobre la renta de las personas físicas, establece en su artículo 4 que cuando las personas físicas sujetas al impuesto estén integradas en una unidad familiar, todos los componentes de ésta quedarán conjunta y solidariamente sometidos al impuesto como sujetos pasivos. Y en su artículo 7 dispone para tal caso que se acumularán todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, *cualquiera que sea el régimen del matrimonio*.

Y ya Ley de 14 de noviembre de 1977, con relación al impuesto sobre el patrimonio, en su artículo 4 dispone que si el régimen del matrimonio es el de separación, la acumulación de las pertenencias a ambos se practicará en la persona del marido, y si estuviera incapacitado en el de la mujer, sin perjuicio del prorrateo de la exacción, según el patrimonio de cada uno.

(102) *Estudios...*, cit., pág. 64.

(103) Estas normas se aplicarán lógicamente con independencia del régimen económico del matrimonio. (En este sentido, CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 64.)

aplicación de estos preceptos, en relación con los bienes privativos de ambos cónyuges (104).

Tratándose de bienes *privativos de la mujer* (parafernales en la terminología del art. 909-2.º, del Código de Comercio) (105) adquiridos por *herencia, legado o donación*, podrán separarse de la masa de la quiebra, aunque no consten en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad. Pero si tales bienes se hubieran enajenado e invertido su importe, los subrogados podrán ser objeto de separación si constan en el Registro Mercantil.

Si han sido adquiridos por otro título (oneroso antes de casarse), parece lógico entender, como lo hace CÁMARA, que a pesar de que no están comprendidos en el artículo 909-2.º del Código de Comercio, habrán de asimilarse a los adquiridos por herencia, legado o donación, pues no hay razón que avale una diferencia de trato. Sin embargo, entiende el citado autor que los adquiridos por la mujer a título oneroso durante el matrimonio en régimen de separación de bienes, tal vez deban ser considerados subrogados, pues lo originariamente adquirido es el dinero entregado como contraprestación (106).

Con respecto a los bienes *privativos del marido*, en el caso de la mujer comerciante, aunque no están referidos en los artículos 27 y 909 del Código de Comercio, habrá que darle el mismo tratamiento que a los privativos de la mujer por exigencia obligada del principio de igualdad de los cónyuges que impone la reforma de 1981 (107).

(104) Con relación a la dote si la escritura se inscribió en el Registro Mercantil, con arreglo al artículo 27 del Código de Comercio, podrá la mujer del comerciante separar de la masa de la quiebra los bienes de la dote inestimada y los de la estimada que se conserven en poder del marido (art. 909-1 del Código de Comercio). Respecto a la dote estimada, en otro caso, si el crédito dotal fue garantizado con hipoteca y se inscribió en el Registro Mercantil, gozará de la preferencia que le concede el propio Código de Comercio.

Para un estudio detallado, CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 65 y ss.

(105) A pesar de que la reforma 1981 suprimió la disciplina de la dote, y en consecuencia la de los parafernales, «en acatamiento al principio de igualdad», como dice la Exposición de Motivos del Proyecto, ello no quiere decir que hayan desaparecido ambas categorías de bienes, sino que subsistirán cuando los cónyuges establezcan un régimen especial para ciertos bienes de la mujer, sin perjuicio de que legalmente pervive su regulación en Aragón (arts. 30 a 32 de la Compilación), en Cataluña (arts. 26 a 37), en Navarra (Leyes 119 a 124).

En este sentido se puede decir que todavía conserva vigencia la terminología utilizada por el Código de Comercio.

(106) *Ob. cit.*, pág. 69. También LACRUZ: *Lerecho de Familia*, cit., pág. 461.

(107) Con relación al Derecho anterior a la reforma de 1981 sostenía CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 122) que aunque no estén referidos en el artículo 27 ni en el 909 del Código de Comercio habrá que darle el mismo tratamiento que a los parafernales para que la nueva norma del artículo 21-9.º del Código de Comercio, reformado en 1975, al incluir como documentos sujetos a inscripción los títulos que acrediten la propiedad de los bienes propios del cónyuge del comerciante, no resulte inútil.

Hoy habrá que tener en cuenta que la aplicación de la norma del 1.442 del Código Civil, en caso de quiebra, hará que los bienes adquiridos a título oneroso que se encuentren en el supuesto de dicho precepto, queden bajo su alcance y, por tanto, deban reintegrarse a la masa de la quiebra, al estar bajo sospecha de fraudulencia, tal como luego veremos.

Desde el punto de vista crítico hay que destacar, aparte del anacronismo de aquellos preceptos del Código de Comercio (108), su falta de congruencia entre sí y en relación con los principios hipotecarios. Así, el artículo 27-1, cuando reduce las consecuencias de la falta de inscripción de las escrituras dotales o referentes a bienes propios de la mujer del comerciante, a la pérdida de prelación, se aviene mal con la del artículo 26 que, con carácter general, establece la ineficacia total de lo no inscrito frente a tercero (109). Tampoco se coordina con la norma del artículo 909-2 del Código de Comercio, que, tal como hemos visto, exime a los bienes privativos originarios de la necesidad de inscripción para ser separados de la masa de la quiebra (110).

Por último, el artículo 27-2 supone un desvío, o como dice la Sentencia de 13 de junio de 1898, una modificación de los principios hipotecarios, cuando la inscripción es posterior a los créditos concurrentes.

Pero es que estas normas tampoco sirven para proteger suficientemente los intereses de los acreedores, ya que no evitan las posibles confabulaciones que el régimen de separación de bienes pudiera facilitar. Bastará que el cónyuge comerciante ponga los bienes que adquiera con los beneficios del negocio a nombre del otro cónyuge y éste los inscriba en el Registro Mercantil para que queden, en principio, fuera del campo de acción en los acreedores (111).

Y es que la defensa eficaz de los intereses de los acreedores ha de lograrse, como suele indicar la doctrina, mediante una serie de medidas precautorias que impidan o dificulten los trasvases patrimoniales y ocultaciones, que además de las generales, permitan más fácilmente la lucha contra el fraude.

(108) Resultan, cuando menos en su planteamiento inicial, discriminatorios, pues de ellos pudiera inducirse un tratamiento distinto de la mujer y el marido, que sólo a través de una interpretación sistemática y sociológica se puede obviar.

(109) Ver al respecto lo que se dice en las notas 13 y 104.

(110) Como señala CÁMARA (*ob. cit.*, pág. 67), el artículo 909 tiene carácter especial y debe prevalecer sobre el artículo 27 del Código de Comercio.

(111) Hoy esta facilidad podrá encontrar ciertos obstáculos derivados del nuevo régimen fiscal, que permite controlar los incrementos patrimoniales.

b) *Normas de protección de acreedores en régimen de separación de bienes*

Uno de los medios más eficaces de protección de los acreedores es el de las presunciones, al que las legislaciones acuden haciéndolas operar en un doble campo: en el de la prueba de la propiedad y en el de los trasvases patrimoniales.

1. *En el de la prueba de la propiedad*

La mayoría de las legislaciones establecen para los regímenes de comunidad la presunción de que los bienes de los cónyuges son comunes mientras no se pruebe lo contrario; y en régimen de separación la presunción de copropiedad (112).

En el Derecho del Código Civil, el artículo 1.441 dispone que «Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad».

Esta norma, que recoge una cláusula que era corriente entre los pactos capitulares regulando el régimen de separación, plantea algunos problemas de interpretación:

En primer lugar, utiliza una técnica de redacción distinta a la del artículo 1.361 (presunción de ganancialidad). En éste se dice que «se *presumirán* gananciales si no se *prueba* que...», con lo cual se está estableciendo claramente una presunción que descarga del *onus probandi* a quienes pretendan hacer valer el carácter ganancial de los bienes (113).

(112) En nuestro Ordenamiento, el artículo 1.361 del Código Civil establece la presunción de ganancialidad. En sentido equivalente también el artículo 40 de la Compilación aragonesa y la Ley 83 de la Compilación navarra.

El artículo 3 de la Compilación balear y la Ley 103, c), de la navarra recogen la presunción de copropiedad en régimen de separación, y hay que hacer notar que esta última con una técnica un poco más depurada al utilizar el término preciso: «se *presumirá*...»

Los comentaristas de la Compilación balear critican duramente la presunción en ella formulada por considerar que no responde a la tradición y que además desnaturaliza el principio de libertad que inspira el régimen de separación. Así, MASOR MIQUEL considera que es de lamentar que se sacaran de la manga, dada la ausencia total de precedentes, una híbrida presunción de copropiedad que desafina con el contexto de un régimen de absoluta separación (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXI, vol. 1.º, pág. 78). Y CERDÁ GIMENO dice (también en *Comentarios*..., vol. 2.º, pág. 140) que la norma referida aplicada con rigor podría acabar con el régimen de separación de bienes.

(113) Parece que la formulación del artículo 1.361 va dirigida más directamente a la protección de los acreedores del consorcio, reforzando la importancia de la masa común, quizá por su especial destino; sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.555, que presume la voluntad favorable de los cón-

En el artículo 1.441 se dice que «Si no es posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, *corresponderá* a ambos por mitad». Parece, con esta redacción, que está más bien resolviendo un problema interno, de titularidad, cuando entre los cónyuges se plantea discusión al respecto, que normalmente tendrá lugar a la hora de la liquidación y en el campo de los bienes muebles.

Pero, ¿qué alcance tendrá esta diferente técnica utilizada por el legislador? y más concretamente, ¿cómo se destruyen los efectos de la presunción?

En el caso de los gananciales, la presunción establecida en el artículo 1.361 resulta muy eficaz en el ámbito externo, pues no basta para destruirla con acreditar el título formal de adquisición a favor de uno sólo de los cónyuges, sino que además habrá que demostrar el carácter privativo del dinero invertido, si tenemos en cuenta el juego de los artículos 1.324, 1.347-3.º, del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario (114).

Por otra parte, pertenece al tipo de presunciones que trascienden del campo puramente procesal, y se manifiesta con vigor en el tráfico jurídico. Los cónyuges, si no prueban el carácter privativo de los bienes, han de comportarse como si de gananciales se tratase a los efectos de legitimación para disponer de ellos. Y los terceros podrán perseguir directamente dichos bienes por deudas de la masa, e incluso hoy, también los acreedores de cualquiera de los cónyuges, conforme al artículo 1.373.

En el caso del artículo 1.441 parece que habrá que entender la presunción con un alcance mayor que el de un medio para resolver un problema meramente interno entre los cónyuges. Esta norma, pese a su redacción («corresponderá...»), funcionará como una presunción, con las consecuencias lógicas en el campo procesal (115). Y respecto de

yuges al carácter ganancial de los bienes adquiridos conjuntamente y sin atribución de cuotas, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación.

Sin embargo, hay que reconocer que en el sistema actual de igualdad de los cónyuges, en el que el marido no es ya el administrador, quizá haya menguado su trascendencia. Aunque también es verdad que la norma del artículo 1.373 permite a los acreedores particulares de un cónyuge el embargo de bienes gananciales, por lo que la masa ganancial les resulta ahora asequible, sin perjuicio de las preferencias, tema que ha sido analizado en otro lugar de este trabajo.

(114) En este sentido resulta más correcta la redacción del artículo 40 de la Compilación aragonesa, que extiende el juego de la presunción al precio de la adquisición al disponer en su párrafo segundo que «la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso constante matrimonio se considerará hecha a costa del caudal común».

(115) Con referencia al artículo 3-3.º de la Compilación balear, cuya formulación es semejante a la del artículo 1.441 del Código Civil, considera Masor (*obra citada*, pág. 82) que dicha norma no crea una especial comunidad de bienes de los cónyuges, sino que se limita a establecer una presunción, tratándose, pues, de

terceros operará en el sentido de que en relación con ellos, el cónyuge deudor ha de ser tenido como copropietario, en principio, salvo que éste o su consorte acrediten la titularidad exclusiva, y sin que baste a tales efectos la confesión de uno de ellos, ya que la norma del artículo 1.324, situada dentro de las disposiciones generales, será aplicable a cualquier tipo de régimen económico matrimonial.

En este sentido, es lógico que los acreedores puedan valerse de dicha presunción para perseguir aquellos bienes que poseídos por ambos no pueda acreditarse que pertenecen exclusivamente a uno. Por tanto, el cónyuge que no tenga un título formal de adquisición deberá sufrir los efectos de la presunción tanto con relación al otro cónyuge como respecto a los acreedores, por lo que su influencia será mayor en el campo de los bienes muebles, respecto de los cuales resultará normalmente reforzada por el juego de los artículos 448 y 464 del Código Civil, tratándose de aquellos que se encuentran dentro del hogar (116).

Ahora bien, ¿si el cónyuge acredita la adquisición exclusiva con un título formal, seguirá actuando la referida presunción con el mismo alcance que la del artículo 1.361 en gananciales?

Es decir, ¿deberá, además, probar el cónyuge titular que el dinero de la inversión era de su propiedad exclusiva? Parece claro que desde el punto de vista de la legitimación en el tráfico, el que ostente un título formal tendrá la legitimación adecuada a la naturaleza de su derecho. Pero también en el campo procesal la norma del 1.441 carece,

una norma procesal que va dirigida a los jueces y tribunales más que a los propios esposos. No se trata, pues, de regular vicisitudes futuras de una comunidad, sino de deducir *a posteriori* que existió dicha comunidad en cuanto a unos bienes concretos, respecto de los cuales no pueden acreditar la pertenencia exclusiva a uno de ellos.

Y Cerdá Gimeno (*ob. cit.*, pág. 140), después de señalar lo desafortunado de la redacción del artículo 3-3, que desorienta al intérprete, considera que se trata de una presunción de propiedad, que no tiene un carácter material, calificador de una titularidad común, sino más bien procesal y dirigida al campo de la prueba. Se trata, pues, de una norma dirigida al proceso, nunca al tráfico jurídico, y su juego normal es en el momento de la disolución del matrimonio al liquidarse cada patrimonio privativo.

(116) Señala Masot que en los Juzgados de la Isla, cuando tiene lugar el embargo de bienes muebles del domicilio del deudor, no se suspende por el hecho de figurar como titular de la vivienda en la que se efectúa la traba el cónyuge del deudor, o por la exhibición por parte de éste de una factura de adquisición a su exclusivo nombre del bien mueble que se pretende embargar. Y añade este autor que, precisamente, la intención de los redactores del artículo 3-3 era que tuviera un ámbito limitado a los bienes muebles situados en el hogar conyugal. Pero al no haber circunscrito así su ámbito, dio pie a que puedan fundamentarse resoluciones judiciales que establezcan la comunidad sobre cualquier bien de uno u otro cónyuge si la propiedad particular no está acreditada nítidamente. Por ello aboga porque se elimine tal presunción de la Compilación, pues para los muebles del ajuar doméstico basta con los principios posesorios del Código Civil, y especialmente el del artículo 464.

en principio, del alcance e intensidad suficientes como para entender que no basta el título formal para destruirla, sino que haya que acreditar también para ello, la procedencia del dinero. Esta eficacia limitada podría desprenderse de la necesidad de coordinar aquella norma con la de la del artículo 1.442, que establece que una presunción que lógicamente habrá de entenderse más intensa, por referirse a una situación crítica como es la quiebra o concurso, y, sin embargo, limita su alcance en el sentido de considerar que fueron donados solamente *en su mitad* por el deudor los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración de la quiebra o concurso, o en el período a que alcance la retroacción, salvo prueba en contrario.

Esta presunción tendría muy poca utilidad, si a la del 1.441 se le diere el alcance amplio referido, pues aun reconociendo que el artículo 1.442 añade la presunción de donación, con las correspondientes consecuencias en materia de acciones rescisorias, su virtualidad sería prácticamente inoperante, como luego veremos, si aplicando el artículo 1.441, se entendiese que esa mitad ya es propiedad del cónyuge quebrado.

No obstante, la doctrina balear, al comentar el artículo 3-3 de la Compilación, cuya redacción es semejante a la del artículo 1.441 del Código Civil, señala el peligro de que la presunción pudiera convertirse en una puerta falsa para la introducción solapada del régimen de gananciales en Baleares, y se recela, sobre todo, de las consecuencias que podrían derivarse si se siguiese la doctrina de dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que aplica al pie de la letra el artículo 3-3.º de la Compilación (117).

En la de 2 de noviembre de 1965, se trataba de un matrimonio entre mallorquín y extranjera, celebrado en Tánger, que se había declarado nulo apreciándose mala fe del marido. La sentencia consideró que una casa comprada por el marido durante el matrimonio, en escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre exclusivamente, debía considerarse común por no haberse probado la adquisición privativa del dinero importe de la compra, por lo que se condenó a transferirla a la mujer, perdiendo aquél «su mitad de gananciales».

La de 2 de marzo de 1977, en uno de los considerandos, que no fue decisivo, se dijo que, aun admitiendo que el régimen económico del matrimonio en el caso debatido fuese el de separación, justificado que todos los bienes habían sido adquiridos por el cónyuge viudo a título oneroso durante el matrimonio, y sin acreditarse que lo hubieran sido

(117) MASOT, *ob. cit.*, pág. 79.

con capital propio de él, tendrían que ser calificados como comunes de ambos cónyuges y por mitad (118).

Estas dos sentencias, que han causado cierta alarma en un sector de la doctrina balear, se refieren y resuelven un problema interno relativo a la prueba de la propiedad entre dos cónyuges (o sus herederos), una vez extinguido el régimen. Por otra parte, en ninguna de las dos fue razón decisiva la presunción del artículo 3-3.º de la Compilación, haciendo ambas sentencias referencias ambiguas a los «gananciales», lo cual oscurece la trascendencia que su doctrina pudiera tener en cuanto a la presunción de copropiedad en régimen de separación. Si bien hay que reconocer que son indiciarias de una posibilidad interpretativa que, de prosperar, daría un alcance muy intenso a la norma del artículo 3-3.º de la Compilación balear, y consecuentemente, a la del 1.441 del Código Civil.

A pesar de todo, me parece que la presunción del artículo 1.441 del Código Civil ha de entenderse con un alcance más limitado que la norma del 1.361, precepto éste, que está jugando como pieza atractiva de un patrimonio, el cual, por razones funcionales (sobre él pesan principalmente las cargas del matrimonio), es merecedor de una más fuerte protección. En el supuesto del artículo 1.441 no existe un patrimonio especial al que, por su funcionalidad, deba dársele aquella fuerza atractiva, y la presunción del artículo citado, de copropiedad, es simplemente una consecuencia lógica de la vida en común que el matrimonio engendra.

El cónyuge que ha adquirido un bien a su nombre y lo acredita fehacientemente, podrá comportarse como dueño, y como tal ha de ser tratado por los terceros, sin perjuicio de que se pruebe que la adquisición se hizo a costa del caudal del otro cónyuge, o de los dos, o que el adquirente carecía de toda clase de bienes (119). Pero todo esto ya tendrá que probarse por quien lo alegue, pues por encima del título no alcanza, en principio, la influencia de la presunción del artículo 1.441 del Código Civil (120).

(118) MASOT (*ob. cit.*, pág. 81), comentando estas dos sentencias, deduce que, con relación al Derecho balear, para nuestro Tribunal Supremo ninguna significación tiene la inscripción a nombre de uno de los cónyuges ni la adquisición exclusiva de los bienes, sino que parte de una presunción de comunidad que sólo, al parecer, puede quedar desvirtuada mediante la prueba de haberse adquirido dichos bienes con capital propio de uno u otro cónyuge.

(119) Conviene recordar que en la sentencia citada de 1965 se consideró probado en el proceso que el marido carecía en absoluto de bienes con los que poder realizar la compra, por lo que se hizo entrar en juego la presunción del artículo 3-3 de la Compilación balear.

(120) Cuando se pruebe que un cónyuge ha adquirido con dinero del otro caben las siguientes posibilidades: a) Que haya adquirido a su nombre, pero para el que aportó el dinero, que desea ocultar su titularidad (representación indirecta).

2. En el de los trasvases patrimoniales

Para evitar las consecuencias perjudiciales que los trasvases patrimoniales entre los cónyuges pudieran acarrear a los acreedores, las legislaciones suelen adoptar una serie de medidas conducentes a evitar

Ha habido una «puesta a nombre» de un cónyuge con la finalidad de que la verdadera titularidad se oculte de momento a los ojos de los acreedores. En este caso, y utilizando el mecanismo de la representación indirecta, podría lograrse también la posibilidad de una actuación directa sobre el bien adquirido. (Pueden recordarse en apoyo de esta solución lo que al respecto dice DE CASTRO en *Temas de Derecho Civil*, pág. 129, quien refiere el apoyo de las Sentencias de 11 de junio de 1965, 22 de noviembre de 1965, 31 de octubre de 1970 y 26 de noviembre de 1970.) De modo que lo adquirido por una persona a nombre propio, pero habiendo indicios suficientes para presumir que se hace en interés y por cuenta de otra, se considera que ha pasado directamente al patrimonio de la persona para la que actúa la propiedad y posesión de lo adquirido.

b) Que el bien se haya adquirido definitivamente para su titular, como consecuencia de una donación del otro cónyuge, a través de una de estas dos vías: 1) se hace donación del dinero a un cónyuge, y luego éste hace la inversión del mismo libremente, en cuyo caso los acreedores podrán atacar la donación del dinero por medio de la acción rescisoria, pero no cuentan con la ayuda de una norma que establezca la nulidad directamente, como en el Derecho balear o catalán. Y 2), lo que se dona es el bien adquirido directamente por el donatario a título oneroso de un tercero, pero pagando el precio el cónyuge donante. Estamos ante un caso de simulación, en el que la donación está encubierta. En este caso, en el Derecho del Código Civil no se podrá atacar directamente la donación disimulada, a no ser por el cauce de la falta de forma, si se trata de inmuebles, y si se admitiese tal posibilidad, dada la jurisprudencia variada y contradictoria al respecto. (Ver en este sentido DE CASTRO: *Negocio jurídico*, pág. 344, y VALLET: *Estudios sobre donaciones*, págs. 593 y ss.) En otro caso, puesto que hoy son válidas en nuestro Derecho las donaciones entre cónyuges, y sin que ni siquiera se presuma la gratuidad de los contratos entre ellos, los acreedores tendrán que acudir a la acción rescisoria, probado el carácter gratuito de la adquisición, y la presunción de fraude del 1.297 del Código Civil facilitará su ejercicio. En el Derecho balear, en el mismo supuesto se podrá acudir directamente a la vía de nulidad de la donación, conforme al artículo 4-3 de la Compilación, con la facilidad que supone la presunción de gratuidad que el mismo precepto establece.

c) Que simplemente se haya prestado el dinero para efectuar la adquisición, quedando el adquirente deudor de su importe. En este caso podrán los acreedores, utilizando la acción subrogatoria, reclamar el importe del crédito correspondiente, sin que se pueda presumir donación, en principio.

Si se hubiere demostrado simplemente que el adquirente carecía de toda clase de bienes, sin que se pruebe que fuese íntegramente del otro cónyuge, entraría en juego la norma del artículo 1.441 respecto del dinero. Lo que resulta difícil es admitir que se produzca entonces la subrogación real, y por esta vía se considere la copropiedad del bien adquirido por un solo cónyuge, subrogación que acepta y utiliza la norma del artículo 1.442 cuando, como luego veremos, dispone que se presumirá «en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados los bienes adquiridos a título oneroso por el otro...».

En nuestro caso, aplicando el artículo 1.441, se presumirá que la mitad del dinero de la adquisición pertenece al cónyuge del adquirente, a no ser que llegue a aceptarse una interpretación de más alcance respecto al artículo 1.441, tal como hemos visto.

o paliar tales perjuicios, a través, generalmente, de restricciones a la libertad de contratación entre cónyuges y de la técnica de las presunciones.

En el primer sentido, es preciso decir que a pesar de la alegría con que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de 1981, anuncia la «nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos...», considerándola como un logro social de relieve, en la mayoría de los países occidentales existen normas limitativas a esa libertad de contratación (121).

Y en nuestro mismo Ordenamiento, la Compilación de Baleares prohíbe las donaciones entre cónyuges, tal como se deduce del artículo 4-3.º, y así lo interpreta la doctrina balear (122). Y en Cataluña se establece explícitamente la nulidad de donaciones entre cónyuges fuera de las capitulaciones, en el artículo 20 de la Compilación, si bien la doctrina suele considerar que se trata de una nulidad especial y cuyos efectos hay que matizar (123).

Pero además, ambas legislaciones, catalana y balear, establecen una presunción a favor de la gratuidad (art. 4-3.º de la Compilación balear, y 11 de la catalana), presunción que en Cataluña refuerza notablemente los efectos que, en relación con terceros, se derivan de la aplicación del artículo 340-3.º de la Compilación, que recoge modificada la tradicional *A foragitur fraus*.

Además de las normas referidas, y dentro del campo de las presunciones, merece especial consideración la llamada Presunción Mu-

(121) Así, en Dinamarca, las donaciones deben hacerse en contrato matrimonial. La convención constante matrimonio que implique transferencia gratuita de bienes de un esposo a otro, debe ser aprobada por el Ministerio de Justicia. Y también los pactos que impliquen el paso del sistema de comunidad al de separación. En Holanda, la venta entre esposos sólo puede tener lugar en ciertos casos regulados por la ley, y están prohibidas las donaciones entre cónyuges. En Suecia, si los prometidos quieren hacerse donaciones o un esposo dona algo a su consorte, debe cuidar el Juez que se publique en el diario oficial y en un periódico local.

Todas estas referencias están tomadas del trabajo de SIMÓ SANTONJA: *Capacidad y regímenes matrimoniales extranjeros*, págs. 263, 287 y 334.

(122) En este sentido, MASOT, págs. 130 y 131. CERDÁ GIMENO, *ob. cit.*, página 115, considera que la prohibición de donación habrá que entenderla en el sentido de la tradición jurídico balear, lo que llevará a la aplicación de la solución del artículo 20 y siguientes de la Compilación catalana.

(123) Para un estudio detallado y profundo, ver DELGADO ECHEVARRÍA: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, págs. 225 y sigs. Y PUIG SALELLAS: *Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana*, Cátedra Durán y Bas, págs. 171 y sigs.

Como señala DELGADO (*ob. cit.*, pág. 246), el legislador, sopesados los intereses de los cónyuges a realizar actos onerosos válidos y los de terceros a no sufrir defraudación por tales actos, ha llegado a un equilibrio consistente en que los terceros pueden atacar tales actos como a título gratuito, pero no como nulos o inexistentes, sino simplemente como donaciones válidas.

ciana, que habiendo nacido en unas circunstancias históricas determinadas y para una finalidad específica, ha sobrevivido, e incluso ha sido recogida en alguna legislación moderna; que conserva y utiliza aquel mecanismo oriundo del Derecho romano, con la finalidad ahora de evitar los posibles fraudes a los acreedores, llevándola al campo de la quiebra y a los respectivos Códigos de Comercio (Código napoleónico, italiano de 1865, B. G. B.); habiendo sido modificada posteriormente en el sentido de eliminar el carácter unilateral de su formulación en perjuicio de la mujer (124).

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento aparece recogida, con fórmula arcaica, por el artículo 23 de la Compilación catalana, al disponer que «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado se presumirá que éste le ha sido donado por el marido» (125).

La redacción de esta norma plantea difíciles problemas interpretativos y de adaptación a la realidad actual, y ha merecido un juicio severo por parte de la doctrina (126), si bien algún autor considera que, no obstante ser insostenible su formulación actual, con las correcciones adecuadas puede servir como un instrumento útil para la lucha contra el fraude, sobre todo si su eficacia se combina con la del artículo 340-3.º de la Compilación, por lo que quizá deba mantenerse, aunque adaptada a las necesidades de hoy (127).

En Cataluña, los acreedores, frente los trasvases patrimoniales entre los cónyuges, ya sean reales o simulados, cuentan, además de los recursos generales de las acciones Pauliana, subrogatoria y de simulación, con los siguientes específicos: El del artículo 340-3.º de la Compilación, que les permite dirigirse directamente contra el bien donado, sin que pueda oponerse el donatario, para el cobro de créditos anteriores. El del artículo 11, que presume la gratuidad de los desplazamientos entre cónyuges, invirtiendo la carga de la prueba y facilitando el juego de la acción de rescisión ex artículo 1.291-3.º y 1.297 del Código Civil. Y por último, si no se ha podido desvelar la donación oculta, mediante

(124) Como señala DELGADO (*ob. cit.*, pág. 177), lo restringido de su ámbito, su adscripción al Derecho de quiebras, la aplicación independiente del régimen y la naturaleza de sus efectos hacen ver cuán lejos nos hallamos de la vieja presunción de Q. MUCIUS.

(125) Para un estudio detallado de esta institución: DELGADO (*ob. cit.*, páginas 168 y sigs.); PARA MARTÍN (*Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Catedra Durán y Bas, págs. 47 y sigs.); PUIG SALELLAS (*ob. cit.*, págs. 174 y sigs.).

(126) DELGADO (*ob. cit.*, págs. 178 y 212).

(127) Así, PUIG SALELLAS (*ob. cit.*, págs. 178 y 179).

el ejercicio de la acción de simulación, apareciendo sólo una adquisición onerosa por la mujer, entrará en juego la presunción muciana, si bien con el limitado efecto del artículo 23 de la Compilación, que considera donado el precio de la adquisición, cuyo importe podrá ser reclamado, en cuanto afecto a la responsabilidad patrimonial del marido (128).

Después de lo hasta ahora visto, se puede decir que en nuestro Derecho, las legislaciones forales en las que el régimen legal es el de separación establecen una serie de medidas limitativas que los acreedores podrán utilizar para defenderse de posibles trasvases fraudulentos, facilitándoles el camino.

Sin entrar en juicio crítico alguno sobre estas normas, no creemos que las medidas en ellas establecidas, dada su formulación en las Compilaciones, debieran haberse acogido en el Código Civil. Pero hay que reconocer que dentro del marco del Código Civil sólo existe una norma, introducida por la reforma de 1981, cuya formulación es tímida y su alcance limitado, y podría considerarse como una leve manifestación de la llamada todavía Presunción Muciana. Es el artículo 1.442 que establece lo siguiente: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él, los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

Para su análisis conviene destacar los siguientes aspectos:

1.º Su aplicación se restringe a los casos de concurso o quiebra.— Por tanto, para tales situaciones no le ha servido al legislador la presunción genérica de cotitularidad del artículo 1.441, quizá por considerarla de eficacia limitada en los términos ya vistos (129).

2.º Se le concede un alcance bastante reducido: Se presumen donados en su mitad los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado siempre que 1) lo hubieran sido a título *oneroso*, con lo que resultan desamparados los casos de doble simulación y puestas a nombre a

(128) Para un estudio minucioso de la materia, PINTO (*Estudios...*, págs. 69 y sigs.).

(129) Si la presunción del artículo 1.441 se llevase a sus últimas consecuencias, tendría un alcance mayor que la norma del artículo 1.442. pues, en principio, los acreedores del quebrado podrían dirigirse, sin limitación temporal, contra la mitad de los bienes del otro cónyuge, a no ser que éste acredite no sólo el título formal de adquisición exclusiva, sino también el carácter privativo del dinero invertido. Solución que acercaría el régimen de separación al de comunidad en este aspecto de las responsabilidades.

través de donación (130). 2) Durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcanza la retroacción. En este sentido contrasta con el plazo más amplio que para tales casos establecen otras legislaciones (131). Y 3) que los cónyuges no estén separados de hecho o judicialmente.

Las ventajas que los acreedores pueden sacar de esta norma son ciertamente exiguas, dentro del marco general de la quiebra, pues su eficacia se limita además en un doble ámbito:

a) Sólo alcanza a la mitad de los bienes. Esta limitación resulta extraña en un régimen de separación. Lo lógico sería entender donados los bienes en su totalidad, tal como lo hace la Ley italiana de quiebras y el Código Civil alemán.

Esta norma tendría una mayor utilidad si se interpretase como una presunción de donación de la mitad que «corresponda» al cónyuge del quebrado, con arreglo al artículo 1.441 del Código Civil, puesto que la otra mitad ya se entiende propiedad del quebrado, por aplicación de este último precepto. De esta manera, con el juego combinado de las dos presunciones, se alcanzaría en favor de los acreedores la totalidad del bien adquirido por el cónyuge del quebrado. Sin embargo, ya hemos visto que la presunción del 1.441 no traspasa el título formal, de modo que si existe un título de adquisición, como sucede en el caso del 1.442, esta última norma habrá que referirla lógicamente a la mitad que de no haber habido título formal ampararía el 1.441. En definitiva, el artículo 1.442 viene a significar un mero refuerzo del 1.441, que operará precisamente cuando la última no entre en juego por quedar desvirtuada por la existencia de un título de adquisición exclusivo (132).

(130) Es el caso siguiente: el cónyuge A entrega a C (padre del otro cónyuge B) una cantidad de dinero, para que éste compre un bien y lo done a B. O más simplemente para que done a B una finca propiedad de C.

(131) Así, la Ley italiana de Quiebras establece un período de cinco años.

(132) Hay que reconocer, sin embargo, que si el artículo 1.441 llegare a ser interpretado en un sentido amplio, de modo que la presunción de copropiedad no pueda destruirse con el título formal, sino que haya que demostrar también la procedencia del dinero, la norma del artículo 1.442 sólo tendrá utilidad si la presunción de donación la referimos a la mitad del bien que por aplicación del artículo 1.441 se presume propiedad del donatario. En otro caso, es decir, si se hacen confluír las dos presunciones sobre la misma mitad, sería inútil la norma del artículo 1.442, aparte del contrasentido de presumir donado lo que por otra vía ya se presume de propiedad del donante.

Así, si el cónyuge adquirente probase que el dinero es de su propiedad exclusiva, la situación es idéntica en los supuestos de los artículos 1.441 y 1.442. Si no se prueba la procedencia, aplicando el artículo 1.441 se presumirá que la mitad del bien adquirido pertenece al otro cónyuge (y no sólo el dinero de la mitad del precio, ya que teniendo en cuenta la redacción del artículo 1.441: «corresponderá...», la presunción, entendida en el sentido amplio que estamos utilizando, se refiere al bien y no al dinero invertido en la adquisición). Si aplicamos la norma del artículo 1.442, limitado su alcance a la misma mitad, sobre la que

b) Se limita a presumir una *donación*, salvo prueba en contra, sin añadir otras consecuencias (133). Y puesto que en nuestro Código Civil no están prohibidas las donaciones entre cónyuges, los acreedores tendrán que acudir a la normativa genérica de las acciones rescisorias, concretamente la del artículo 880 del Código de Comercio, si la adquisición tuvo lugar dentro de los treinta días precedentes, y que añadirá a la presunción de donación la *iuris et de iure* de fraudulenticia; la del artículo 882 del Código de Comercio que añade la *iuris tantum* de fraude, si la adquisición se hizo antes de los dos años anteriores a la quiebra, y la general de los artículos 1.291-3.º y 1.297 del Código Civil.

La presunción de donación del artículo 1.442, así formulada, se limita, pues, a dirigir a los acreedores por el camino de las acciones de rescisión por fraude. Muy distinto sería su alcance si se hubiera añadido la sanción de ineficacia a las donaciones presuntas, respecto a acreedores, para los supuestos a los que el artículo 1.442 se refiere.

Por otra parte, habrá que tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la publicidad registral, conforme al artículo 909 del Código de Comercio, cuyo alcance se analiza en otro lugar de este trabajo (134).

c.—*Fuera de los procedimientos concursales*, los acreedores tendrán que acudir a recursos generales que el Derecho ofrece para luchar contra el fraude: acción de simulación y rescisorias, con la necesidad de probar la simulación o el fraude, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1.297 y 643-2.º del Código Civil.

Podrán además utilizar la presunción del artículo 1.441 cuando el cónyuge no deudor carezca de título formal de adquisición, lo que

opera el artículo 1.441, los efectos serán más débiles, pues si el adquirente no acredita que el dinero es de su exclusiva pertenencia, lo que se presume es la donación de la mitad del bien adquirido (opera aquí igualmente la subrogación real, dada la redacción del art. 1.442), pero entonces habrá que ejercitar la acción de rescisión por fraude para dejar sin efecto tal donación.

Si la norma del artículo 1.441 se interpreta con el carácter más limitado, tal como hemos sostenido al estudiar dicho precepto, su funcionamiento sería el siguiente: la presunción de copropiedad quedará destruida por la presentación del título de adquisición. Entrará entonces en juego la del artículo 1.442: no obstante el título formal, se presumirá, en beneficio de los acreedores, donada la mitad de la cosa adquirida. Teóricamente, si no llegare a utilizarse la norma del artículo 1.442 y se continuase con la del 1.441, siguiendo la interpretación restrictiva, si se acredita que el adquirente no tenía bienes, se presumiría entonces que la mitad del dinero es del otro cónyuge, y sólo respecto a este crédito, por su devolución, podrán los acreedores del quebrado dirigirse contra el adquirente.

(133) Compárese con el artículo 340-3 de la Compilación catalana, precepto que, a pesar de sus limitaciones, permitirá la actuación directa contra el bien donado. O con el artículo 70 de la Ley italiana de Quiebras, que presume que los bienes son propiedad del quebrado, en tal caso.

(134) Ver pág. 100.

sucedirá normalmente en el campo de los bienes muebles. Respecto de aquellos que los cónyuges posean en común por estar destinados al servicio de ambos o de la familia, la presunción de cotitularidad del artículo 1.441, resultará reforzada por la de los artículos 448 y 464 del Código Civil.

Podrán utilizar también las siguientes acciones: la derivada del artículo 1.319 del Código Civil, que permitirá perseguir subsidiariamente los bienes del cónyuge no deudor por las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica; la derivada de la gestión de negocios, dado que normalmente se aprovechará el otro de las ventajas de la gestión, y en base a ello podrá responder de las obligaciones contraídas en interés común, aunque hayan excedido del marco de la potestad doméstica, interés que coincidirá en muchos casos con el individual de cada cónyuge. Podrán también ejercitar la subrogatoria contra el cónyuge no deudor por el crédito que tiene el otro cónyuge por contribución a las cargas del matrimonio. Además, la posibilidad de acudir a la derivada del mandato ratificado tácitamente, conforme al artículo 1.727 del Código Civil (la ratificación en estos casos será fácilmente deducible respecto de los bienes que se utilizan en común).

IV. CONCLUSIONES

Las normas protectoras de los derechos de los acreedores frente a confabulaciones de los cónyuges resultan en nuestro Código Civil débiles e insuficientes, tanto por la facilidad y escaso control que se dispensa a los cambios de régimen económico matrimonial, como por la tímida eficacia de las específicas durante la vigencia del régimen de separación de bienes.

La norma del artículo 1.442 resulta claramente insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente, y dado el clima de confianza en que se mueven los cónyuges y la confluencia de intereses de los mismos, así como la planificación económica a plazos más largos, los trasvases patrimoniales son el resultado de medidas cautelares, meditadas con mucha antelación. No resulta raro encontrar casos de cambio de régimen en los que se comienza por liquidar la sociedad de gananciales adjudicando los bienes de fácil realización o el dinero simulado al cónyuge que ejerce una actividad profesional o mercantil, aunque no existan deudas actuales, pero como medida inicial de un plan a largo plazo para limitar el patrimonio responsable.

Se echa de menos, por un lado, una regulación que asegure con más eficacia los intereses de tercero en el momento mismo del cambio

de régimen (135), y por otro, una norma que utilizando la técnica de las presunciones, sea más vigorosa que la de nuestro artículo 1.442 (136).

Y es que resulta más justo, a mi juicio, que sean los cónyuges, al haber creado una situación favorable a una comunicación patrimonial clandestina y de difícil prueba, los que tengan que demostrar que el cónyuge no deudor ejerce una actividad o tiene ingresos suficientes para efectuar sus adquisiciones; para lo cual en nuestro Derecho actual y de cara al futuro, se podrá contar con la ayuda que pueda suponer la claridad patrimonial a la que lógicamente debería conducir la nueva regulación de los impuestos de Renta y Patrimonio, en el caso de que llegue a cuajar realmente en nuestra sociedad.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

Notario

(135) Conviene señalar aquí que otras legislaciones con menos ostentación de libertades puramente formales establecen, como hemos visto, una serie de medidas de control, consistentes generalmente en la homologación judicial. Así: Francia, Dinamarca, Grecia, Holanda, Suiza.

(136) En este sentido suele ponerse el ejemplo de la Ley italiana de Quiebras, en cuyo artículo 70 establece que los bienes que el cónyuge del quebrado ha adquirido a título oneroso durante el quinquenio anterior a la declaración del «fallimento», se presumen frente a los acreedores, salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del quebrado y se consideran propiedad de éste. El curador está legitimado para tomar su posesión. O el artículo 1.362 del BGB, con carácter general, y no sólo en caso de quiebra, presume en beneficio de los acreedores, que los bienes muebles que se encuentran en posesión de uno de los cónyuges o de ambos pertenecen al deudor, salvo que los cónyuges vivan separados y las cosas se encuentren en posesión del no deudor.

Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981

SUMARIO: I. *Principios legales.*—II. *Los bienes privativos: Análisis del artículo 1.346 del Código Civil:* A) El número 1.º—B) El número 2.º—C) El número 3.º—D) El número 4.º: 1. Tanteo.—2. Opción.—3. Retractos.—4. Derecho suscripción preferente.—E) El número 5.º: 1. Derechos patrimoniales inherentes a la persona.—2. Derechos no transmisibles *inter vivos*.—F) El número 6.º: 1. Indemnizaciones por daño a las personas.—2. Indemnizaciones por daño a las cosas.—G) El número 7.º—H) El número 8.º—III) *Los bienes gananciales: Análisis del artículo 1.347 del Código Civil:* A) El número 1.º—B) El número 2.º—C) El número 4.º—D) El número 5.º: 1. Empresa social anónima. 2. Empresa social no anónima.—3. Empresa individual—E) El número 3.º: Examen especial de las adquisiciones a título oneroso: A') El artículo 1.355-2.º B') Los artículos 1.354 y 1.356: 1. Supuestos en que compran los dos cónyuges.—2. Supuestos en que compra un solo cónyuge.—3. Supuesto de precio totalmente aplazado.—C') El artículo 1.357.—IV. *Las compensaciones entre patrimonios.*—V. *La presunción de ganancialidad.*

I. PRINCIPIOS LEGALES

De la determinación de los bienes gananciales y privativos de los cónyuges se ha ocupado tradicionalmente el Código Civil en sus artículos 1.396 a 1.407, preceptos inspirados en tres principios fundamentales:

- a) *El de subrogación real*, en cuya virtud todo bien habrá de tener la naturaleza de aquel al que sustituya.
- b) *El de vis atractiva hacia la ganancialidad*, que se traduce en una presunción de este tipo mientras no se acredite la pertenencia privativa de los bienes al marido o la mujer.

- c) *El derivado de la naturaleza de la comunidad*, que, al serlo de adquisiciones a título oneroso, convierte en gananciales todos los bienes procedentes de la actividad o rentas de cualquiera de los cónyuges.

Tras la reforma de 13 de mayo de 1981 estos tres principios permanecen vigentes, pero profundamente influidos por el principio de libertad de pactos que consagra el nuevo artículo 1.323 del Código Civil. De modo que en la legalidad actual los dos primeros principios enunciados pierden mucha de su fuerza en tanto colisionan con un cuarto, que va a influir decisivamente en la consideración de esta tradicional materia, nos referimos, evidentemente, a

- d) *El principio de autonomía de la voluntad*, ya parcialmente introducido por la reforma de 2 de mayo de 1975.

Hoy aparece regulada la cuestión que nos ocupa en los artículos 1.346 a 1.361 en cuyo estudio entramos, no sin antes señalar que no pretendemos, ni mucho menos, una exégesis total de estos preceptos, sino, fundamentalmente, un análisis de la nueva problemática que la legalidad actual suscita. Por ello pasaremos por alto muchos problemas tradicionales que entendemos no son afectados por la reforma, circunscribiéndonos a lo que podríamos denominar «*problemas nuevos*», sin perjuicio de tratar también alguna de las antiguas cuestiones que la reforma resucita.

II. LOS BIENES PRIVATIVOS: *Análisis del artículo 1.346 del Código Civil*

Establece el nuevo artículo 1.346:

Art. 1.346. Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
- 2.º Los que adquiriera después por título gratuito.
- 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
- 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
- 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*.
- 6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
- 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

A) EL NÚMERO 1.º: *«Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad».*

Es éste, sin duda, el supuesto más claro y tradicional de «privatividad», si bien, a diferencia de lo que ocurría en la legalidad anterior, no tiene hoy un alcance absoluto, pues en lo relativo a la vivienda y ajuar familiares, aparece modalizado por el artículo 1.357-2.º, que, junto a los artículos 1.320 y 1.406-4.º, constituye una manifestación de la protección que el legislador de 1981 dispensa al «hogar familiar». Nos ocuparemos posteriormente del artículo 1.357 a propósito de las adquisiciones a título oneroso.

B) EL NÚMERO 2.º: *«Los que adquiriera después por título gratuito».*

Este párrafo es a su vez modalizado por el artículo 1.353, a cuyo tenor:

Art. 1.353. Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

Precepto éste que, por su parte, es excepción a lo dispuesto en el artículo 1.339 cuando dice:

Art. 1.339. Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.

El distinto tratamiento que a la donación se da en uno y otro artículo se debe a que el artículo 1.339 está refiriéndose a las donaciones antenupciales y el 1.353 a las postnupciales. Aparte de que el artículo 1.339 es un precepto de carácter general, afectante tanto a un futuro régimen de gananciales como a cualquier otro.

De ahí que no consideremos posible extender el régimen del ar-

título 1.353 a las donaciones antenupciales sobre la base de considerar que es norma especial que se antepone a la norma general en el supuesto de regir la sociedad de gananciales. El término «cónyuges» que expresamente emplea el artículo 1.353 impide, a nuestro juicio, la extensión en tal sentido.

Plantea en segundo lugar el artículo 1.353 el problema de cómo interpretar la frase «conjuntamente y sin especial designación de partes». Esto es, si se interpretará o no de modo análogo al que procede en el caso de acrecimiento hereditario, de manera que la frase «por mitad o por partes iguales» no excluirá la ganancialidad, de la misma manera que, según el artículo 983, no excluye el acrecimiento.

a) En pro de la inaplicabilidad de la solución del artículo 983-2.º, cabría alegar:

que el artículo 1.353 es un precepto excepcional y por ello debe de interpretarse restrictivamente, sin que proceda la analogía.

b) En favor de una interpretación coincidente con la del artículo 983, postura que nosotros defendemos, podría argüirse:

que la razón de ser de la «ganancialidad» de la atribución está en el llamamiento «conjunto o solidario»; que la solidaridad es asimismo el fundamento objetivo del derecho de acrecer; luego si el propio legislador entiende que la «conjunción» no desaparece por el empleo de la frase «por mitad o por partes iguales» en el caso de acrecimiento, no hay por qué interpretar de modo diferente la misma frase en el caso del artículo 1.353. No se trata pues de acudir al criterio analógico, probablemente discutible, sino de una mera interpretación coincidente.

Por lo demás, para que el artículo 1.353 proceda deberán aceptar la liberalidad ambos cónyuges, pues no cabe que acepte uno de ellos «para la sociedad conyugal».

De aceptar un cónyuge y repudiar el otro, procederá el especial «acrecimiento matrimonial» del artículo 637.

C) EL NÚMERO 3.º: *«Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».*

Recoge este número el aludido principio de «subrogación real» que, como hemos anunciado, está hoy modalizado por el principio de

«autonomía de la voluntad» tal como resulta del párrafo primero del artículo 1.355 cuando dice:

Art. 1.355-1.º Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquirieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

Precepto éste que sugiere los siguientes comentarios:

- a) Actúa sólo, mediando acuerdo, en las adquisiciones a título oneroso, no siendo preciso, a nuestro entender, que el negocio adquisitivo se otorgue por ambos cónyuges; el negocio en sí podrá concluirse por uno solo de los esposos, que manifestará su voluntad de atribuir al bien carácter ganancial, lo cual consentirá su consorte. Es decir, el «común acuerdo» hay que referirlo a la atribución de ganancialidad, no a que el negocio deba ser concluido por ambos cónyuges con el transmitente. Aún más, dado que el párrafo segundo de este artículo (que más tarde veremos) contempla el supuesto de adquisición conjunta, presuponiendo con ello el «común acuerdo», es lógico entender que el párrafo primero abarca el caso de adquisición por un solo cónyuge y acuerdo entre ambos en orden a la atribución de ganancialidad.
- b) Concurriendo los presupuestos anteriores, tiene un alcance absoluto, sin más justificación; luego cabe, por ejemplo, en un supuesto de permuta con un bien privativo.
- c) No cabe el juego inverso, es decir, la atribución de carácter privativo a una adquisición ganancial; en estos supuestos «la declaración» no puede tener más alcance que la confesión de privatividad ex artículo 1.324.
- d) Por la misma *ratio* que en el supuesto del artículo 1.324, la atribución de ganancialidad no perjudicará a terceros, esto es, legitimarios y acreedores (sólo anteriores, para nosotros); si bien el no perjuicio debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que los terceros tendrán derecho a reclamar el valor del bien, y éste sólo subsidiariamente.
- e) Planteándose la cuestión de cuándo se podrá proceder a la «atribución de ganancialidad», si sólo en el momento de la adquisición o también en cualquier momento posterior:

En pro de que sólo sea posible en el primer momento, cabría alegar:

- que el artículo 1.355 es una excepción al principio de subrogación real que juega siempre en los patrimonios separados, y que en nuestro caso se plasma en los respectivos números 3.º de los artículos 1.346 y 1.347; como excepción debe ser objeto de interpretación restrictiva;
- que el propio artículo 1.355, tanto en el párrafo primero como en el segundo, está pensando en el momento adquisitivo.

Pese a ello, nos inclinamos en pro de la posibilidad de que el artículo 1.355 entre en juego *a posteriori* de la adquisición en base a:

- que en la actualidad el artículo 1.323 posibilita el que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y celebrar entre sí toda clase de contratos,
- luego el artículo 1.355 podrá ser especialmente útil en aquellos casos en que un cónyuge desee transmitir al otro la mitad de un bien propio (o ambos recíprocamente la mitad de bienes propios, en tal caso incluso por vía de permuta), pretendiendo al propio tiempo que ambas mitades queden «comunicadas»; de no existir el artículo que comentamos, tal negocio de «comunicación germánica» resultaría un tanto atípico y, por ello, de difícil acceso al Registro. De ahí que el artículo 1.355 venga a completar el artículo 1.323 en el aludido sentido,
- y, a mayor abundamiento, esta «vis atractiva hacia la ganancialidad» es propiciada por el legislador, como lo demuestra el artículo que comentamos, así como el 1.357-2.º, y el 1.361, que luego examinaremos.

D) EL NÚMERO 4.º: «*Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges*».

Responde también este párrafo al principio de subrogación real, si bien referido en este caso al derecho que propicia la adquisición y no a los fondos que para ella se utilizan, lo que, caso de ser comunes los fondos empleados, dará lugar a la oportuna compensación.

Siendo criticable este apartado, al igual que su equivalente anterior (artículo 1.396-3.º), por hacer referencia tan sólo al derecho de retracto, olvidando otros de adquisición preferente como el tanteo y quizá la opción. La crítica que merece la actual redacción es todavía mayor si se tiene en cuenta que el legislador podía haber reparado en las diri-

gidas a su precedente. Parece por ello conveniente que nos detengamos en esta cuestión.

1. *Tanteo*: Respecto de este derecho, cuya similitud con el de retracto han puesto de relieve doctrina y jurisprudencia, no cabe duda que propiciará una adquisición privativa si tal era la naturaleza de aquél, salvo el supuesto de ciertos tanteos arrendaticios que en seguida veremos.

2. *Opción*: Más dudoso es el carácter de la adquisición en el supuesto de opción. Si respecto de ella sustentamos la tesis clásica del precontrato (contrato que tiene por objeto la celebración de otro contrato), será el contrato definitivo el que calificará la adquisición de privativa o ganancial con arreglo a las reglas generales, esto es, en función de los fondos empleados en la adquisición.

Mas, si sustentamos la tesis moderna (convenio del que nace la facultad de exigir la eficacia inmediata de un único contrato proyectado), habrá que atribuir necesariamente carácter privativo al bien si la opción fue contratada con anterioridad al matrimonio pues, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, «al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo» y ello sin perjuicio de que, desde el punto de vista instrumental (que no sustantivo) deba reiterarse o no tal declaración. Luego si el convenio o contrato es uno sólo, siendo la declaración inicial lo decisivo, habrá que concluir, como decimos, atribuyendo siempre carácter privativo al bien si la inicial declaración se produjo antes del matrimonio.

En cambio, si la opción fue contratada constante matrimonio (aun por uno sólo de los cónyuges) creemos dará lugar a una adquisición sujeta a las reglas generales del principio de subrogación real, según el patrimonio o patrimonios que soporten la adquisición; pues, aun en el supuesto de que el derecho de opción se adquiriera sin pago de canon o merced, no por ello cabrá hablar de adquisición a título gratuito de un derecho que por subrogación dé lugar a una adquisición dominical privativa también, sino que, precisamente por el carácter precontractual de la opción, la calificación de onerosa o gratuita vendrá dada por el carácter del negocio que efectivamente se pretende concluir. De otra manera, a cualquiera de los cónyuges resultaría sencillísimo hacerse con un patrimonio privativo a costa del caudal común, sin contar con su consorte y sin perjuicio de los oportunos reembolsos: le

bastaría con acudir al expediente de convenir una opción previa sin pago de canon, en lugar de comprar directamente.

3. *Retratos*: En cuanto al retrato, la solución legal es lógica en los supuestos de comuneros, colindantes, enfitéutico e incluso gentilicio. Mas ya no lo es tanto si la referimos a los retratos arrendaticios:

a) En el supuesto de retrato arrendaticio rústico, o urbano de local de negocio, si la explotación o empresa tienen carácter común, atribuir carácter privativo a la adquisición (en base a que el contrato de arrendamiento fue suscrito por uno sólo de los cónyuges, aún en estado de soltería), resulta ilógico si se piensa que la sede física no deja de ser una pertenencia del establecimiento o explotación común.

b) Pero donde la aparente solución legal se revela carente de toda lógica es en el supuesto de retrato de vivienda.

Como ya puso de relieve SANZ bajo el régimen legislativo anterior, la protección que la Ley de Arrendamientos Urbanos dispensa al inquilino no lo es tanto en su utilidad cuanto en utilidad de la entidad familiar. Por eso el inquilinato (al igual que el arrendamiento rústico) no atribuye ningún valor económico negociable que pueda calificarse de «pertenencia privativa», sino, muy al contrario, la disponibilidad (siempre sin contraprestación económica para el inquilino) queda sujeta, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a los límites de la entidad familiar.

Luego si el arrendamiento de vivienda carece de valor económico y la protección de la ley está dictada en utilidad de la familia, necesariamente habrá de calificarse de ganancial la adquisición del inquilino, pues la interpretación sistemática de la ley deberá prevalecer sobre la literalidad del párrafo que comentamos.

Sucede, además, que tras la reforma de 1981, esta interpretación sistemática viene reforzada por el propio Código que:

- en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, concede al Juez plenas facultades para determinar cuál de los esposos debe continuar usando la vivienda familiar, independientemente de la titularidad dominical o arrendaticia de la misma;
- y en los artículos 1.320, 1.357-2.º, y 1.406 concede un trato preferente a la vivienda en favor del cónyuge no titular.

Luego resultaría incongruente que el legislador pretendiese lo más (limitar las facultades dominicales de la adquisición ya consumada) y no lo menos (atribuir carácter común a la adquisición que se consuma).

4. *Derecho de suscripción preferente*: Finalmente, entra también en el ámbito del párrafo que estamos comentando el supuesto de adquisición en base al denominado derecho de suscripción preferente, a propósito del cual el artículo 1.352 dice:

Art. 1.352. Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Precepto loable en cuanto viene a aclarar las dudas e interpretaciones diversas producidas al amparo de la legislación anterior, dando preferencia a la interpretación «mercantilista» de MANUEL DE LA CÁMARA y JOSÉ LUIS ALVAREZ (las nuevas acciones nunca son fruto, sino desdoblamiento formal de la cuota del socio) sobre la interpretación «civilista» del Tribunal Supremo, Sentencia de 23 de enero de 1947, entre otras, en cuya virtud las reservas eran frutos y también la ampliación con cargo a ellas.

Sin perjuicio de que, como observa LACRUZ, sea criticable el que en el caso de acumularse los beneficios y no repartir dividendos, o no emitirse acciones con cargo a ellos, la comunidad ganancial se vea privada de estos rendimientos.

Es de observar también que la ampliación con cargo a plusvalías no da a la comunidad derecho a indemnización alguna, pues, pese a la opinión de AURELIO MENÉNDEZ, la plusvalía no es fruto ni asimilable a él, siendo, como dice J. L. ALVAREZ, la ampliación con cargo a ellas un supuesto puro de desdoblamiento de la condición formal de socio.

Destaquemos, finalmente, que el precepto está unilateralmente redactado, pues no se ocupa del supuesto inverso de ampliación consecuencia de la titularidad de acciones u otros títulos gananciales, mas, evidentemente, la solución ha de ser la misma.

E) EL NÚMERO 5.º: *«Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos»*.

Comentando este apartado diremos:

1) En lo relativo a los derechos patrimoniales inherentes a la persona, viene a recoger el sentir de la doctrina ante el silencio de la legislación anterior. Cabe citar en este punto la propiedad intelectual, no en cuanto al rendimiento económico derivado de la misma,

que evidentemente será ganancial, sino en cuanto al derecho como tal (derecho de autor), que facultará, por ejemplo, para decidir la edición o no de la obra, la cesión de sus derechos, etc.

2) En cuanto a los derechos no transmisibles *inter vivos*, el supuesto más claro viene constituido por los derechos de uso y habitación que, en consecuencia, serán siempre privativos, incluso en el supuesto de haber sido adquiridos constante matrimonio a título oneroso (sin perjuicio de la oportuna compensación ex artículos 1.358 y 1.390).

Mas, es en sede de *usufructo* donde el párrafo que comentamos puede alcanzar su más interesante dimensión. En efecto:

Si, en base a la literalidad del artículo 480, consideramos que el derecho usufructuario es transmisible, no entrará en juego el número 5.º del artículo 1.346, por lo que el usufructo será ganancial o privativo según la procedencia del precio, reproduciéndose en el supuesto de ganancialidad todos los problemas contemplados en parte por las Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 10 de julio de 1975, por citar sólo las más recientes (1).

Si por el contrario entendemos, junto con un importante sector de la doctrina (DE CASTRO y ROCA SASTRE, entre otros), que el derecho de usufructo es intransmisible (en base a que del ar-

(1) ¿Quid si fallece el cónyuge adquirente: se entiende que usufructo ganancial es igual a usufructo conjunto y acrece al sobreviviente ex artículo 521 o se extingue? La Resolución de 31 de enero de 1979 resolvió en el segundo sentido.

¿Quid si fallece el cónyuge del adquirente: se divide el usufructo, subsiste sin más en el sobreviviente o subsiste, pero inventariándolo en la liquidación de los gananciales? Esta última es la solución de la Resolución de 1979.

¿Cabe si fallece el cónyuge del adquirente que en la liquidación de los gananciales se adjudique el usufructo no al sobreviviente, sino a los herederos del pre-muerto? Una solución de este tipo sería totalmente absurda.

¿Quid en la reserva de usufructo conjunto por ambos cónyuges? Parece deberá jugar el artículo 521.

¿Y si la reserva la hizo uno solo de los cónyuges para sí y para su consorte? Habrá que exigir, como mínimo, que dicho consorte acepte el derecho constituido a su favor.

En realidad todos estos problemas ponen de relieve la dificultad de atribuir carácter ganancial al usufructo, de ahí que ya KOHLER mantuviera la imposibilidad de que a la comunidad de bienes matrimonial u otra en mano común pudieran serle atribuidos derechos de usufructo.

De prevalecer, no obstante, la tesis favorable a la ganancialidad habrá que distinguir, como mínimo, en los supuestos en que el derecho sea adquirido por un solo cónyuge, entre la titularidad material (el valor económico), que será ganancial y la titularidad formal, que al corresponder al cónyuge adquirente determinará que el derecho se extinga con su muerte. A menos que lo adquiriera (si se admite ello) «sobre la propia vida y la del cónyuge», en cuyo caso de nuevo se replantearía el problema del tipo de derecho constituido (¿cousufructo simultáneo o sucesivo?) y la necesaria aceptación de la estipulación por el consorte.

Toda esta problemática creemos que con el nuevo texto del artículo 1.346.5.º debe quedar superada.

título 498 se deduce que lo que el usufructuario puede transmitir es el derecho a percibir los frutos, mas no el usufructo en sí), habremos de concluir que el usufructo será siempre privativo con independencia de la causa de su atribución, o común, si fue adquirido por ambos cónyuges, mas no en régimen de comunidad germánica, sino en régimen normal de cusufructo (privativo-parafernial) con subsiguiente aplicación del artículo 521.

De prevalecer esta última interpretación, que nosotros preconizamos, quedan solucionadas de facto las cuestiones que a la anterior doctrina planteaba la ganancialidad del usufructo.

Por lo demás, del usufructo se ocupa también el artículo 1.349 cuando dice:

Art.1.349. El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales.

Precepto éste que coincide con el artículo 1.403 anterior, con la supresión acertada de la frase «perpetuamente o de por vida», en lo relativo a la duración del usufructo o pensión.

F) EL NÚMERO 6.º: *«El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos».*

En torno a este número conviene distinguir las indemnizaciones por daños a las personas y a los bienes:

1) En lo que atañe a indemnización por daño a las personas, en la doctrina, extranjera fundamentalmente, se ha planteado la cuestión de si también será privativa la indemnización en caso de accidente laboral, esto es, la procedente de daño en «actividad ganancial».

A nuestro juicio, la solución debe venir dada por el carácter de la indemnización. Si con ella se pretende suplir el salario que se deja de percibir por causa del daño (caso, por ejemplo, de la enfermedad transitoria o accidente con recuperación plena) la indemnización deberá ser ganancial.

Si lo que se pretende es resarcir a la persona (caso de invalidez o enfermedad permanente), la indemnización será privativa. La solución, en definitiva, vendrá dada por cada caso concreto.

Teniendo en cuenta que si la indemnización «privativa» lo es mediante el pago de un capital, éste será íntegramente propio y sólo ga-

nanciales los frutos del mismo; mientras que si lo es mediante el pago de una pensión, son gananciales las devengadas constante matrimonio por aplicación del artículo 1.349 que acabamos de ver. La solución quizá no sea demasiado justa, pero es, en definitiva, la que adopta el legislador.

Sin que pueda confundirse el supuesto de pensión con el de capital que se paga periódicamente en «cierto» número de años. La pensión implica siempre una incertidumbre en el *quantum*, una «aleatoriedad», mientras que en el segundo caso hay una certidumbre cuantitativa. Por eso la solución legal es también diferente como demuestra el artículo 1.348 (casi idéntico al antiguo art. 1.402), cuando dice:

Art. 1.348. Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido o de la mujer, según a quien pertenezca el crédito.

2) En cuanto a las indemnizaciones por daños a las cosas, debe distinguirse según el daño afecte a la esencia de la cosa o a sus frutos:

a) Si afecta a la sustancia, indudablemente la indemnización es privativa.

b) Mas si afecta a los frutos, aun en situación de pendientes o no percibidos, la solución no es tan clara.

En pro de que también en este caso la indemnización es privativa, cabría alegar que los frutos no son tales hasta que no se perciben, por lo que no hay daño a un bien ganancial.

A lo que cabría oponer que, de cualquier manera, la indemnización que se percibe por daño a los frutos pendientes es un producto de la cosa y, como tal, ganancial. El caso más claro puede ser el del seguro agrícola denominado «de cosecha».

G) EL NÚMERO 7.º: *«Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor».*

Sólo decir, respecto de este apartado, que en el mismo no están incluidas lo que LACRUZ denomina, por transcripción del Derecho aragonés, las «aventajas», ex artículo 1.321, que se entregan al sobreviviente sin computárselo en su haber. Ello sólo en el caso de disolución por muerte, pues, en otro caso, tendrá carácter privativo el ajuar respectivo de cada cónyuge. Añadamos que respecto de los demás objetos de uso personal no incluidos en este número, esto es, los de extraordi-

nario valor (joyas fundamentalmente), el cónyuge usuario tiene un derecho de atribución preferente en la liquidación de la comunidad de acuerdo con el número 1.º del artículo 1.406.

H) EL NÚMERO 8.º: *«Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común».*

Se plantea la cuestión de si también serán privativos los instrumentos afectos a la actividad de un profesional liberal (los costosos aparatos de un médico, por ejemplo) o si, contrariamente, siendo el ejercicio de la profesión una de las principales fuentes de «gananciales», cabe asimilar aquél, por analogía, al establecimiento o explotación de carácter común, con la consecuencia de ser también comunes los instrumentos. Planteemos un caso extremo: el del médico que cursó toda su carrera constante matrimonio, con cargo a fondos comunes, y que luego montó una clínica en la que, a mayor abundamiento, colabora su mujer. ¿Es la clínica un «establecimiento o explotación de carácter común»? Si en lugar de una clínica fuese un comercio no lo dudaríamos.

Sin embargo, en el ejemplo propuesto, la solución debe ser la contraria y ello porque ésta debe venir determinada por el criterio de «la colegiación», entendiendo que no hay «explotación común» en el supuesto de profesionales colegiados (aunque en su actividad colabore el otro cónyuge) y sí en los demás casos. Y ello es así porque la colegiación faculta al colegiado y sólo a él para el ejercicio de la actividad que, por eso, nunca será jurídicamente una «actividad común». En consecuencia, los instrumentos del profesional liberal tendrán siempre carácter privativo, por lo que no deberá entrar en juego el número 4.º del artículo 1.362 a los efectos de «responsabilidad definitiva» de la comunidad de gananciales.

III. LOS BIENES GANANCIALES: *Análisis del artículo 1.347 del Código Civil*

La enumeración de los bienes comunes nos la da el artículo 1.347 cuando dice:

Art. 1.347. Son bienes gananciales:

1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos, como los gananciales.

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.

Comentando este precepto diremos:

A) EL NÚMERO 1.º: *«Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges».*

Es éste un supuesto claro, observándose cómo el legislador de 1981 ha colocado el trabajo como la primera fuente de ganancialidad. Como indicaba LACRUZ comentando el texto anterior a la reforma, la expresión «industria» significa cualquier actividad del cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en el consorcio, incluso cuando no suponga un «trabajo» en el sentido habitual de la palabra. Así entran en este concepto las adquisiciones por usucapion iniciada constante matrimonio, ocupación, especificación, etc. Y también los denominados «dones de fortuna» que contempla el artículo 1.351 (análogo al antiguo art. 1.406), cuando establece:

Art. 1.351. Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales.

LACRUZ excluye de la ganancialidad el caso del billete de lotería adquirido en circunstancias en que la subrogación (por fondos privativos) sea inequívoca, pues ni se trata de un juego en el sentido que da el artículo 1.351 (antiguo 1.406) a esta palabra, ni la modesta actividad empleada por el cónyuge para comprar el billete es valuable frente al precio del mismo (2). Sin embargo, esta opinión es un tanto discutible porque también el premio puede hacer ínfima la inversión. Por ello, dados los términos del artículo que comentamos y la vis atractiva a la ganancialidad en los casos dudosos (art. 1.361), creemos preferible estimar ganancial el premio o adquisición.

(2) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, páginas 199 y 200.

- B) EL NÚMERO 2.º: *«Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales».*

Constituye ésta la segunda gran fuente de ganancialidad, siendo completada por el artículo 1.350 (equivalente al anterior art. 1.405), a cuyo tenor:

Art. 1.350. Se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo.

Obsérvese cómo, pese al carácter ganancial de los frutos, el cónyuge titular de los bienes tiene la libre disposición de aquéllos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.381. Quizá porque, como dice LACRUZ, los frutos no adquieren carácter ganancial pleno hasta que se realizan.

- C) EL NÚMERO 4.º: *«Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho».*

Valga para este párrafo lo que se dijo al comentar su equivalente del artículo 1.346. Sólo volver a observar cómo el legislador se refiere únicamente al retracto.

Por lo demás, obsérvese que ahora no utiliza la ley el término «retracto perteneciente», sino el de «retracto de carácter ganancial», lo que enlaza con el carácter familiar que veíamos tienen ciertos retractos arrendaticios, provocando por ello una adquisición ganancial en todo caso.

- D) EL NÚMERO 5.º: *«Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354».*

La circunstancia de que el establecimiento o empresa constituido constante matrimonio a expensas de fondos comunes sea ganancial, obligará

a distinguir entre la titularidad material y la titularidad formal en el supuesto de que uno sólo de los cónyuges haya sido el constituyente. La problemática de este desdoblamiento será diferente según el tipo de empresas:

1. *Empresa social anónima*.—En este supuesto al cónyuge socio corresponderá el ejercicio de los derechos políticos pues, como pusieron de relieve las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969, el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial. Pero además, el cónyuge socio tendrá la libre disposición de sus títulos según resulta del actual artículo 1.384.

2. *Empresa social no anónima*.—Si es empresa social colectiva, comanditaria o limitada, al cónyuge socio corresponderá el ejercicio de los derechos de tal, mas para disponer de su participación necesitará el consentimiento de su consorte conforme a las reglas generales, salvo el infrecuente caso de sociedad comanditaria por acciones.

3. *Empresa individual*.—Es éste el supuesto más interesante porque, con arreglo a la literalidad del artículo 6.º del Código de Comercio, el cónyuge comerciante tendrá la gestión de la empresa y además la libre disposición de los gananciales (muebles o inmuebles) adquiridos de resultados del comercio.

Si estas amplias facultades concedidas al cónyuge comerciante, en orden a la disposición de lo que podrían denominarse por su procedencia «gananciales mercantiles», no dejaron de sorprender tras la reforma de 1975, mas sorprenderán ahora que, salvo casos muy concretos, la disposición de los bienes comunes requiere la intervención de ambos cónyuges. Desde luego, para evitarlo, no cabe acudir al expediente de que *lex posterior derogat anterior*, porque el artículo 6.º del Código de Comercio como regla especial no es afectada por la ley general; por el mismo motivo, dentro de su ámbito, el artículo 6.º del Código de Comercio prevalecerá sobre la normativa general del Código Civil.

En realidad, la doctrina posterior a 1975 fue un tanto reacia a conceder al cónyuge comerciante plenas facultades dispositivas sobre los «gananciales mercantiles», sobre todo cuando éstos eran de naturaleza inmobiliaria.

Por ello llegó a interpretarse el artículo 6.º en el sentido de que de él sólo se deducía la libre disposición de los muebles, mas no de los inmuebles, pues la intención del legislador había sido la de mejorar la situación de la mujer equiparándola al marido, el cual podía disponer libremen-

te de los muebles y, sólo con consentimiento uxorio, de los inmuebles. De ahí que se dijera que el artículo 6.º concedía facultades dispositivas, pero «para ejercitarlas de la manera prevista en el Código Civil», esto es, con consentimiento ex artículo 1.413 tratándose de inmuebles. Luego, se concluía, el artículo 6.º de poco sirve al marido (o cónyuge administrador), siendo útil solamente en el supuesto de que el comerciante sea la mujer, pues entonces podrá disponer de los muebles y ostentar la iniciativa en la disposición de los inmuebles, pero con consentimiento conyugal respecto de estos últimos.

Mas, en la actualidad, no puede sustentarse una interpretación de este tipo, que equivaldría a dejar el artículo 6.º del Código de Comercio sin contenido (en lo relativo a la disposición de bienes comunes), ya que la remisión al Código Civil en cuanto al «modo de disposición» llevaría a exigir siempre el consentimiento del otro cónyuge, puesto que los bienes adquiridos de resultados del comercio ni son frutos en el sentido del artículo 1.381, ni proceden de los rendimientos de un patrimonio privativo. Luego, parece que habrá que conceder al esposo comerciante la plena disposición de los «ganaciales mercantiles», con todos los problemas prácticos que ello llevará consigo, fundamentalmente en orden a la prueba de la procedencia mercantil de los mismos.

A menos que, como último expediente, entendamos que la libre disponibilidad debe constreñirse a lo que es propio del Derecho mercantil, esto es, los bienes muebles o, más concretamente, «las mercaderías», que son los bienes que entran en el círculo de actividades características del empresario, mientras que la disposición de cualquier otro tipo de bienes es un acto «civil puro» que, en consecuencia, no tiene por qué sujetarse al Derecho mercantil, sino que, de acuerdo con su naturaleza, se regirá exclusivamente por normas civiles. Esta, creemos, es la interpretación más lógica del artículo 6.º del Código de Comercio, por reducirlo a lo que es propio del Derecho mercantil: los actos de comercio, e insistimos, sólo la disposición de mercaderías o productos de la empresa es acto de este tipo. El comerciante, además, podrá disponer del metálico producto de su actividad mercantil, tanto por ser ganancial «directamente procedente del comercio», como por facultarle con carácter general el nuevo artículo 1.384 del Código Civil. Dicho metálico podrá ser reinvertido en la empresa, en cuyo caso continuará bajo su gestión, aunque se haya convertido, por ejemplo, en bienes de equipo; o podrá ser invertido en la adquisición de «cosas civiles» (una vivienda, o una finca rústica), en cuyo caso carece de sentido aplicar a estos bienes el estatuto mercantil, pues todas las vicisitudes relativas a ellos son «puros actos civiles».

De seguirse esta interpretación, que es la que nosotros preconizamos,

no resulta superfluo el artículo 6.º del Código de Comercio, ya que supondrá una lógica ampliación de lo establecido en el artículo 1.381 del Código Civil. Según este último, cada cónyuge puede disponer por sí solo de «los frutos y productos de su patrimonio privativo», mas no de los procedentes de «un patrimonio común». En el caso que analizamos, la empresa es «patrimonio común», aunque bajo «la titularidad formal de un cónyuge» (el que en el tráfico actúe como comerciante); precisamente la virtualidad del artículo 6.º del Código de Comercio es la de conceder transcendencia a la «titularidad formal» en orden a la disposición de los productos, bien metálico, bien mercaderías, mas no los subrogados no mercantiles que, en cambio, sí quedarán afectos a las results del comercio igual que lo estarían de aplicar puras normas civiles (artículo 1.365 del Código Civil) (3).

E) EL NÚMERO 3.º: EXAMEN ESPECIAL DE LAS ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO: *«Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos».*

Hemos dejado de intento para el final el examen del número tercero del artículo 1.347 por ser el más afectado por la reforma y, en consecuencia, el que mayor problemática ofrece, pues, pese a su casi literal coincidencia con el antiguo número 1.º del artículo 1.401 la casuística actual es mucho más fecunda (4).

(3) No cabe objetar a lo que en el texto se dice que, también tras la Reforma, la administración requiere el consentimiento de ambos cónyuges y, en cambio, no dudamos nosotros en atribuir en exclusiva la gestión de la empresa al cónyuge comerciante. Pues esto es algo consustancial al estatuto de comerciante, aparte de, por definición, una pura actividad mercantil, mientras que la disposición de bienes que no sean mercaderías no lo es.

(4) Comenzando por la dicción «bien para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Con idéntico texto, antes no se dudaba que aunque comprase uno solo, la adquisición había de inscribirse «a nombre de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal», por mandato del número 1.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. En cambio, ahora, como señala la Circular interna del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad datada el 5 de junio de 1981, «las inscripciones a nombre de los dos cónyuges cuando sólo adquiere uno son una especie a extinguir».

En efecto, la razón de ser del número 1.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario estaba en el temor del legislador a las confabulaciones frente a la prohibición de liberalidades entre cónyuges. Desaparecida hoy tal limitación, no hay razón para inscribir a nombre de ambos la adquisición que se efectúa por uno solo.

De ahí que la solución, cuando llegue la necesaria reforma del Reglamento Hipotecario, deba ser la que ya en su día propuso la Dirección General en Resolu-

Aparece completado este precepto por los artículos 1.355-2.º (el párrafo 1.º ya lo conocemos), 1.354, 1.356 y 1.357 del Código Civil, en cuyo estudio entramos.

A') *El artículo 1.355-2.º*

Dice este artículo, en el párrafo que ahora nos concierne:

Art. 1.355-2.º Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.

Lo primero que se observa tras la lectura del párrafo es que parece una reiteración con respecto a lo ya dicho en el propio número 3.º del artículo 1.347, que ya prevé la adquisición «para la comunidad», lo que parece análogo a la «adquisición en forma conjunta».

Mas, como no cabe presumir que el legislador haya incurrido en repetición entre dos preceptos tan próximos, habrá que interpretar el párrafo 2.º del artículo 1.355 como referido a aquellos supuestos en que la contraprestación tiene carácter privativo, mientras que en el número 3.º del artículo 1.347 se ocupa de la adquisición «a costa del caudal común».

Y, como el primer párrafo del artículo 1.355 abarca el caso en el que los cónyuges, pese a la privatividad de la contraprestación, manifiestan su voluntad expresa de que el bien sea común, este segundo párrafo habrá que referirlo a los supuestos en que esa voluntad se manifieste en forma presunta mediante la simple «adquisición conjunta», sin agregar declaración alguna.

Luego, tratándose de inmuebles, aunque del título se deduzca claramente la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges de la contraprestación, piénsese en un supuesto de permuta, la inscripción se practicará como ganancial, si ambos cónyuges comparecieron en el título y dijeron adquirir «en forma conjunta». Paradójicamente, esto que hubiera resultado imposible antes de la reforma (la prohibición de liberalidades ex

ción de 4 de mayo de 1978 (a propósito de la compra con precio aplazado por mujer casada), es decir, inscribir en estos casos «a nombre del cónyuge comprador». «casado con...» y bajo «presunción de ganancialidad».

La inscripción en estos términos no alterará el régimen de disposición, pues, por imperativo de la presunción, se exigirá el consentimiento del cónyuge. Mas si alterará el régimen de administración, pues al «figurar los bienes a nombre de un cónyuge», serán válidos los actos de administración por él efectuados, en base a lo dispuesto en el artículo 1.384.

Por ello entiendo, con la indicada Circular, que serán válidas las agrupaciones, agregaciones, segregaciones, declaraciones de obra o divisiones horizontales otorgadas por el cónyuge titular Mientras que en los supuestos de adquisiciones por ambos, dichas operaciones deberán de ser otorgadas por marido y mujer.

artículo 1.334 lo hubiera impedido), es hoy propiciado por el legislador. De nuevo vemos cómo el principio de subrogación real pierde terreno.

B') *Los artículos 1.354 y 1.356.*—Ambos preceptos, según entendemos, deben de estudiarse conjuntamente.

Dice el artículo 1.354:

Art. 1.354. Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas

Y añade el 1.356:

Art. 1.356. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviese carácter privativo, el bien será de esta naturaleza.

Tras una primera lectura, uno y otro precepto parecen ser contradictorios, pues el artículo 1.354 opta por el proindiviso en el supuesto en que la expensa la soporten dos patrimonios diferentes, mientras que el artículo 1.356 opta por la asignación total a un solo patrimonio. Hay que proceder por ello a la coordinación de ambos artículos:

- a) Cabría pensar, en primer término, que el artículo 1.354 se refiere a las adquisiciones efectuadas por ambos cónyuges y el artículo 1.356 a las efectuadas por uno sólo, dado el inciso inicial de este último, mas ello, entendemos, resultaría totalmente arbitrario.
- b) Se podría considerar, en segundo término, que el artículo 1.354 se está refiriendo a las compras al contado y el artículo 1.356 a las compras a plazos, mas, como en seguida veremos, el artículo 1.354 es también aplicable a estas últimas.
- c) Luego entendemos que la coordinación debe hacerse sobre la base de considerar al artículo 1.354 como la regla general y el artículo 1.356 como la especialidad en caso de aplazamiento de parte del precio, en base al principio de certidumbre.

En efecto, la intención del legislador es la atribución proporcional a la expensa, mas, en el supuesto de precio en parte aplazado, no es posible saber en el momento inicial el patrimonio o patrimonios que soportarán la parte pendiente del gasto. La aplicación sin más del prin-

cipio del artículo 1.354 implicaría una inicial incertidumbre, que es lo que ha querido evitar el legislador atribuyendo al bien *ab initio* un definitivo carácter (5).

Interpretados de esta manera ambos artículos, la coordinación es posible. El artículo 1.354 se aplicará siempre a las compras al contado y también a las con precio aplazado cuando el primer pago se haga con dinero en parte ganancial y en parte privativo. Y el artículo 1.356, en base al aludido principio de certidumbre, no hace otra cosa que reiterar la idea de que el primer pago, total o parcial, imprime carácter definitivo al bien, salvo declaración (art. 1.355), confesión (art. 1.324) o prueba (art. 1.361) en contrario (6, 7 y 8).

Coordinados pues los artículos 1.354 y 1.356 analizaremos distintos supuestos prácticos:

1. *Supuestos en que compran los dos cónyuges:*

a) Si nada dicen respecto del precio o manifiestan comprar con fondos gananciales, no hay problema, pues por el juego de los artículos 1.347-3.º, 1.355-2.º, y 1.361, la adquisición será ganancial.

b) Tampoco hay problema si prueban suficientemente que parte del precio es privativo, pues por el juego del artículo 1.354, se consti-

(5) De ahí que la redacción definitiva del artículo 1.356 defiriera de la del Proyecto remitido a las Cortes, inspirado en la idea de la *vis atractiva* hacia la ganancialidad, que superponía al principio de certidumbre. *Artículo 1.356 del Proyecto*: «Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio parcialmente aplazado, tendrán naturaleza ganancial:

1.º Si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo.

2.º Si no resultare haberse satisfecho con dinero propio, por lo menos, la mitad del precio total, aunque el primer plazo o entrega tuviese carácter privativo».

Luego, en el segundo supuesto, hasta que no se hubiera satisfecho, por lo menos, la mitad del precio, no podía calificarse definitivamente el bien, con todos los problemas que ello hubiere llevado consigo.

(6) FÉLIX RODRÍGUEZ, en un trabajo publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, marzo 1981, desecha esta interpretación, mas lo hace sobre la base del texto del Proyecto.

(7) El hecho de que el artículo 1.356 se refiera sólo a adquisiciones «por uno de los cónyuges» se debe, creemos, a que si adquieren los dos, no hay problema, al estar representados todos los intereses en juego. Por lo que ya los cónyuges comprarán con carácter ganancial (mediante declaración expresa o tácita-presunta) o confesarán o probarán la pertenencia del precio que atribuirá carácter al bien.

(8) El propósito del legislador, perfecto desde el punto de vista teórico, no va a serlo tanto desde el punto de vista práctico, pues (al no tener en nuestro Derecho carácter constitutivo la escritura y ser frecuente deferir su otorgamiento a un momento posterior al de los pagos iniciales) resultará en muchos casos que el título público alterará la naturaleza que el bien tendría de atender al título privado, con los litigios que respecto de terceros, o en caso de desavenencias conyugales, puede ello provocar.

tuirá un proindiviso entre la comunidad y un patrimonio privativo o. entre ambos patrimonios privativos.

c) Si uno de los cónyuges confiesa simplemente que una parte del precio pertenece a su consorte, se constituirá un proindiviso «ganancial-privativo confesado» (9). Téngase en cuenta que hoy los privativos confesados están mucho más cerca de la «privatividad» que de la «ganancialidad», tal como debe resultar de una interpretación actualizada de los artículos 1.324 y 1.361.

d) Si ambos cónyuges afirman ser propio parte del precio y recíprocamente lo confiesan, se constituirá un proindiviso entre los respectivos patrimonios privativos, con la particularidad de que los terceros (legitimarios y acreedores «anteriores») podrán desconocerlo. Así resulta del juego de los artículos 1.354 y 1.324.

2. *Supuestos en que compra un solo cónyuge:*

a) Si no dice nada respecto a la procedencia del precio, o afirma comprar con fondos gananciales, la adquisición será indudablemente ganancial, si bien es discutible, en este caso, si la inscripción debería practicarse a nombre de ambos cónyuges o a nombre del «cónyuge adquirente, casado con NN y para su sociedad conyugal», postura ésta que preconizamos (10).

b) No hay problema sustantivo si prueba suficientemente que todo o parte del precio es privativo, en el primer caso se inscribirá a su nombre exclusivo y en el segundo se constituirá el proindiviso, subsistiendo el problema formal del modo de inscribir la porción ganancial.

c) Cabe también que el comprador «declare sin probarlo» que todo o parte del precio de la compra es privativo, en cuyo caso la inscripción se practicará de modo muy semejante al del apartado a), es decir, «a nombre del comprador, casado con NN y bajo presunción de ganancialidad», haciendo simplemente constar la declaración del

(9) Entendemos que hoy debe sustituirse definitivamente la expresión «presuntivamente gananciales» por la de «privativos confesados», utilizada por Roca cuando se refiere al número 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, puesto que en realidad los «presuntivamente gananciales» son los bienes del número 1.º de tal artículo.

(10) Puesto que si ninguno de los cónyuges puede arrogarse la representación del otro (art. 71 del Código Civil), no se ve por qué puede provocar la práctica de un asiento a su nombre. Sin perjuicio de que el consorte, previa rogación, pueda exigir que el asiento se extienda también a su nombre (a los efectos, por ejemplo, de enervar el juego del art. 1.384). Así creemos debe deducirse por vía de interpretación extensiva de los artículos 1.390-1.391.

adquirente. Y ello porque la mera declaración del adquirente, si no es reforzada por la confesión de su consorte, tiene prácticamente el mismo valor que antes, esto es, ninguno. Si *a posteriori* dicha declaración es confirmada por la confesión del consorte (hoy la confesión de privatividad debe admitirse tanto en el momento adquisitivo como con posterioridad a él), creemos será suficiente una simple nota marginal para que la totalidad o parte del bien pase a la categoría de los privativos confesados.

En cambio, si la posterior confesión se refiere a la parte no declarada (o a la totalidad en su caso, si no hubo declaración) la constancia en el Registro no podrá ser más que por vía de rectificación del asiento, previa rectificación del título. De ahí la importancia de recoger en el título y en el correspondiente asiento la declaración del adquirente de pertenecerle todo o parte de los fondos invertidos, pues, aunque por sí sola carezca de trascendencia, puede tenerla caso de que sea confirmada por el consorte.

3. *Supuesto de precio totalmente aplazado:*

Es un caso no previsto por el legislador que, curiosamente, sólo contempla las adquisiciones al contado o con precio parcialmente aplazado. En el supuesto de total aplazamiento cabe distinguir:

a) Si compra uno de los cónyuges, o ambos, diciendo que el precio se pagará con fondos gananciales o no manifestando nada, la adquisición será ganancial, reproduciéndose el problema en orden a la forma de practicar la inscripción si sólo adquirió uno de ellos.

b) Si compra uno sólo de los cónyuges diciendo en el título que el precio se pagará con fondos privativos:

— Para F. RODRÍGUEZ la inscripción se practicará como ganancial presunto y posteriormente se modificará el asiento si se prueba que el pago se hizo efectivamente con cargo al patrimonio privativo.

— Para nosotros, en cambio, la inscripción debería practicarse con carácter «totalmente privativo» si el vendedor aprueba la declaración del comprador, pues ello implicaría la conformidad de aquél en no poder hacer efectivo su crédito más que sobre el propio bien transmitido (art. 1.370) y los privativos del cónyuge comprador. Luego, si el patrimonio ganancial no queda para nada vinculado, parece más lógico practicar la inscripción del bien como propio del comprador.

c) Si compran ambos consortes manifestando que pagarán el pre-

cio con fondos privativos por mitad y que adquieren proindiviso, la solución puede ser más discutible:

— En principio cabría sostener que el bien tiene carácter ganancial dada la vis atractiva hacia la ganancialidad y lo dispuesto en el artículo 1.367.

— Pese a ello, nos inclinamos a admitir que el bien pueda adjudicarse proindiviso a uno y otro patrimonio privativo, puesto que el artículo 1.367 no entrará en juego si el vendedor acepta que por el precio aplazado respondan los patrimonios privativos mancomunadamente, sin perjuicio de poder agredir subsidiariamente el patrimonio ganancial por la vía del artículo 1.373 (10 bis).

C') *El artículo 1.357.*

Entramos así en el examen del último de los preceptos relativos a las adquisiciones a título oneroso, el artículo 1.357. Dicho artículo, en su párrafo 1.º, es un lógico corolario de lo dispuesto en el artículo anterior. En efecto, dice dicho párrafo:

Art. 1.357. 1º Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

La problemática se suscita a la vista de su párrafo 2.º, a cuyo tenor:

2.º Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354.

Y decimos que suscita problemática este párrafo porque, si lo interpretamos literalmente, resulta de él una fortísima excepción al principio de certidumbre jurídica reflejado en los anteriores artículos, así como también a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.346.

Resultará, pues, que, en base al aludido principio de certidumbre, el legislador atribuye siempre a los bienes un determinado carácter *ab initio* (modificando para ello incluso la inicial redacción del proyecto) y que, en cambio, en el supuesto más evidente de privatividad, las compras en estado de soltería, cambia aparentemente de criterio, atribuyendo a la vivienda y ajuar familiares un indeteminado carácter hasta que su precio sea totalmente satisfecho.

(10 bis) Respecto a las cuestiones de responsabilidad, en general, y de afección por adquisiciones, en particular, nos remitimos a nuestro trabajo, en trance de publicación, *Cargas y obligaciones de la comunidad conyugal*.

De prevalecer esta interpretación la inseguridad en el tráfico sería notable y los problemas que se plantearían innúmeros: ¿Qué acreedores tendrían preferencia sobre la vivienda o ajuar todavía no pagados, los propios o los comunes? ¿Cómo y cuándo se harían constar en el Registro de la Propiedad las «sucesivas naturalezas» gananciales? ¿Quid si la familia cambiaba de vivienda, continuaba como parcialmente ganancial o volvía a ser privativa?, etc.

Por ello, en base a la coherencia interna que hay que suponer en el legislador, es mucho más lógico interpretar el precepto a la manera de la Circular del Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981, a saber, considerando que la «ganancialización» parcial de la vivienda familiar es una *norma de liquidación y no una norma para el tráfico*.

Como dice la Circular, «si así no fuera se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad de gananciales y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia, con lo cual se desbordaría la finalidad de la reforma; si lo que se pretende es evitar que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espaldas de la vivienda familiar, ya tenemos para impedirlo el artículo 1.320; y si lo que se quiere es proteger al viudo o viuda (suponiendo que la disolución se produce por muerte) contra los herederos del otro cónyuge, basta que se considere parcialmente ganancial en su caso, en la liquidación de la sociedad, el piso que en ese momento sea hogar familiar», dado lo dispuesto en el artículo 1.406-4.º

Esta es, creemos nosotros, la única manera razonable de interpretar un precepto que, de otra manera, chocaría frontalmente con el espíritu que se trasluce de las normas concordantes del Código.

IV. LAS COMPENSACIONES ENTRE PATRIMONIOS

Dedica seguidamente el Código tres normas a las compensaciones entre patrimonios, los artículos 1.358 a 1.360.

Art. 1.358. Cuando conforme a ese Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

Sólo destacar, a propósito de este artículo, el criterio de actualización monetaria que late en la reforma, al efecto de evitar que uno de los patrimonios se enriquezca a costa del otro.

Añade el artículo 1.359:

Art. 1.359. Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

Dos comentarios nos suscita este precepto:

1. En primer lugar, que ha desaparecido la antigua accesión invertida, sin perjuicio de respetarse los derechos adquiridos bajo el régimen de la legislación anterior (antiguo art. 1.404-2.º y Disposición Transitoria 1.ª del Código Civil) (11).

2. Llama, en segundo lugar, la atención el que este artículo establezca un régimen unitario para las expensas en bienes privativos o gananciales en su párrafo primero, y que luego, en el párrafo segundo, excepcione totalmente lo dispuesto en el párrafo primero en lo concerniente a las expensas en privativos.

Es decir, en el párrafo 1.º sigue el criterio del plusvalor monetario o actualización pecuniaria (así hay que interpretar la frase «reembolso del valor», en vez de «reembolso del dinero») para todos los casos, mientras que en el párrafo 2.º acoge el criterio de la plusvalía real cuando la inversión ha sido en el patrimonio particular.

Como no parece lógico entender que el legislador haya querido dictar una regla general para las inversiones en bienes privativos, que luego quede carente de contenido por la excepción, hay que entender que, en el momento de la liquidación, la sociedad de gananciales podrá optar entre que se colacione el importe actualizado o, si lo prefiere, el

(11) Ello dará lugar a problemas prácticos y a discordancias entre el Registro y la realidad. En efecto, si, con arreglo a la mejor doctrina y jurisprudencia, se entiende que la antigua accesión invertida se producía con la conclusión de las obras, resultará que habrá casos en que ya habrá accedido al Registro, con anterioridad a la Reforma, la declaración de obra sin estar ésta realmente concluida (cosa relativamente frecuente para ganar tiempo en orden a la concesión de una hipoteca, por ejemplo), con lo que registralmente se habría producido la accesión inversa, cuando con arreglo a la realidad no procedía por haberse concluido la obra tras la Reforma.

Y a la inversa, accederán en lo sucesivo a los Registros muchas declaraciones de obra escrituradas con posterioridad a la Reforma (en las escrituradas antes debe seguir produciéndose la accesión invertida), en las que, por aplicación del artículo 1.359, no se hará constar la accesión, cuando en realidad ésta ya se había producido por estar concluidas las obras antes del 8 de junio de 1981

aumento de valor (plusvalía real) que haya experimentado el bien como consecuencia del gasto.

Dicho de otro modo, la sociedad de gananciales puede aprovechar las plusvalías y, en cambio, no le afectan las minusvalías, pues siempre podrá reclamar el importe actualizado de la inversión.

Para concluir con este artículo, sólo reprocharle al legislador la diferencia de criterio entre el gasto ganancial en mejora privativa y gasto ganancial en adquisición privativa, pues en este segundo caso sólo procede (art. 1.358) el reintegro del importe actualizado.

Por su parte, el artículo 1.360 reitera la doctrina del anterior al decir:

Art. 1.360. Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

V. LA PRESUNCION DE GANANCIALIDAD

Concluye la sección del Código que hemos analizado con el artículo 1.361, comprensivo de la llamada presunción de ganancialidad:

Art. 1.361. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

El precepto es casi idéntico al antiguo artículo 1.407 y, al igual que antes, el problema que se plantea es el de si la confesión de privatividad supone o no prueba bastante.

La solución a este interrogante está en función de la interpretación que se haga del actual artículo 1.324, al cual nos remitimos (11 bis). Por lo que aquí baste decir que:

1. Toda esta materia ha quedado profundamente influida por el levantamiento de la interdicción de las liberalidades entre cónyuges, que era el principal argumento de la doctrina anterior a la reforma para negar fuerza a la confesión de privatividad frente a la presunción de ganancialidad.

2. En consecuencia, hoy debe producir plenos efectos *inter partes* la confesión, o lo que es igual, es prueba bastante entre cónyuges a los efectos del artículo 1.361. De ahí se deduce la derogación parcial del artículo 96 del Reglamento Hipotecario en tanto exige para la

(11 bis) En torno al artículo 1.324, en general, nos remitimos a nuestro estudio, en trance de publicación, *La organización económica del matrimonio tras la Reforma de 13 de mayo de 1981*.

disposición de los «privativos confesados» el consentimiento de ambos cónyuges, pues no hay razón alguna para hacer intervenir en la disposición al cónyuge que en el momento dispositivo renunció ya a sus derechos en la cosa. La confesión de privatividad equivale a un consentimiento anticipado (12).

3. En lo concerniente a terceros habrá que distinguir a los legitimarios de los acreedores y entre éstos, a su vez, según sean anteriores o posteriores a la confesión:

a) Respecto de los legitimarios la doctrina actual debe ser la misma que antes de la reforma. La confesión no les afectará, pero sólo en cuanto a tales legitimarios, esto es, en orden a la determinación y percepción de las legítimas, de modo análogo a lo que sucede en caso de donación.

b) En cuanto a los acreedores anteriores a la confesión, la doctrina actual también será igual a la anterior a la reforma, pues frente a la prueba que pueda suponer la confesión prevalecerá siempre la presunción legal del artículo que estamos tratando.

c) Sin embargo, la interpretación ha de ser diferente si se trata de acreedores posteriores a la confesión de privatividad a los que antes, se decía, tampoco afectaba ésta. Mientras que ahora, del mismo modo que tales acreedores nada podrán hacer tratándose de una donación anterior al nacimiento de su crédito, nada podrán hacer tampoco frente a la confesión anterior que, por definición, en nada ha disminuido la solvencia del confesante «al tiempo del nacimiento de la obligación».

TOMÁS GIMÉNEZ DUART

Notario

Barcelona, septiembre 1981

(12) Así también FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, marzo 1981; en igual sentido, Circular del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de 5 de junio de 1981.

VIDA JURIDICA

Centenario de la Ley Hipotecaria y celebración del Día de la Ley

San Juan de Puerto Rico. - 1 de mayo de 1980

El día 1.º de mayo de 1980 se cumplían los cien años en que la Ley Hipotecaria española comenzó a regir por primera vez al hacerse extensiva su aplicación a la Isla por Real Decreto de 6 de diciembre de 1878. Coincidiendo en ese día del centenario, como fiesta anual, el de la celebración del «Día de la Ley», que obedece a la inspiración de CHARLES B. RHYNE, Presidente del Colegio Americano de Abogados («American Bar Association») y que fue establecida formalmente en el año 1958 mediante proclama del entonces presidente de los EE. UU. Dwight D. Eisenhower.

La presencia española en esos actos y singularmente en la celebración del centenario era imprescindible, habida cuenta que la fecha iba unida a una ley que establece en el año 1861 un sistema hipotecario que en sus bases y estructuras sigue siendo el mismo, a pesar de las sucesivas reformas que aquel texto legal sufriera posteriormente. A este efecto el Colegio Nacional de Registradores designó a RAFAEL ARNAIZ EGUREN y JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ para que oficialmente representaran a la Corporación e intervinieran con sendos trabajos en el conjunto de actos a celebrar en la ciudad de San Juan de Puerto Rico. Esta crónica forzosamente ha de quedar reducida en extensión y profundidad, ya que un luctuoso acontecimiento desdibujó el programa de actos previsto y hubo de sufrir aplazamientos y supresiones. El fallecimiento del prohombre de Puerto Rico, don Luis Muñoz Marín, paralizó totalmente la actividad de la isla, que masivamente fue a rendir tributo de admiración durante el entierro y funerales allí celebrados. La declaración de siete días de luto nacional restringió todo acto oficial y limitó la asistencia a los profesionales. El reajuste de intervenciones hubo de ser

obligado a la vista de que las diferentes delegaciones asistentes habían confeccionado su programa acomodándolo a los días previstos inicialmente.

La sesión de apertura se desarrolló con una serie de intervenciones y después de oír los himnos nacionales. En el salón de actos del Colegio de Abogados de San Juan de Puerto Rico y bajo el lema que preside la institución, «Honrando la Toga», se fueron sucediendo el conjunto de discursos por las diferentes personalidades con derecho a uso de palabra, destacándose en todas ellas la inevitable referencia a la figura del fallecido, don Luis Muñoz Marín, prohombre del progreso social y económico de Puerto Rico. Habló en primer término el Licenciado Efraín Feliciano, Presidente de la Junta de Directores del Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico, que destacó la significación del acto. Seguidamente intervino la Licenciada doña María Luisa L. B. Fuster, Directora ejecutiva de la Junta de Directores y bien conocida por todos los españoles por sus brillantes aportaciones a los tres Congresos Internacionales de Derecho Registral. Por parte del Colegio de Abogados de Puerto Rico disertó su Presidente, Licenciado don Angel L. Tapia Flores, quien puso de relieve la significación de las ideas de igualdad, ley y justicia a través del estatuto de la propiedad, cuyo centenario se celebraba. El Presidente de la Comisión de lo Jurídico del Senado, Honorable Frank Rodríguez García, explicó la trayectoria seguida por el proyecto de la nueva Ley Hipotecaria que ha de regir en Puerto Rico. Sobre el tema del valor histórico que ha tenido la legislación hipotecaria habló el señor don David Levis, Presidente de la Asociación de Banqueros Hipotecarios. En nombre y representación de la Universidad de Puerto Rico intervino su Decano, el Doctor don Alejo Cervera, que acertó a señalar el significado que le legislación hipotecaria ha tenido en el progreso económico y en el desarrollo del crédito territorial en forma muy semejante al de España. Las delegaciones extranjeras tuvieron una dignísima representación y en su nombre tomó la palabra la Doctora Nelly Calderón de Saavedra, de Perú, quien supo rendir culto al *alma mater* de España en unas acertadísimas palabras llenas de afecto e intención admirativa.

La Asociación Puertorriqueña de la Judicatura estuvo representada por la Honorable Carmen Sonias Zayas, que es su Presidenta, la cual, en su turno, destacó la otra vertiente del día en que simultáneamente se celebraba el centenario y el día de la ley. El Honorable Miguel Giménez Muñoz, Secretario del Departamento de Justicia leyó la proclama del Gobernador por la que se declaraba el día del Centenario y Día de la Ley, haciendo una alusión a los españoles y el origen de la legislación centenaria. Por su parte, el Licenciado Eulalio Torres, Administrador de

Tribunales, destacó el legado que el prohombre desaparecido, don Luis Muñoz Marín, había dejado a los juristas: el respeto a la ley. El Licenciado Jaime Fuster, conforme a programa, afrontó en un discurso pleno de citas jurídicas, filosóficas y sociales el tema del mejoramiento de la Administración de Justicia. Cerró el acto el Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, Doctor Carlos E. Peralta, de Guatemala, quien fue presentado por el Licenciado Alfonso Miranda Cárdenas.

Habíamos apuntado, y de alguna de las intervenciones así se deduce, que aparte del Centenario de la Ley Hipotecaria se celebraba también el Día de la Ley en el cual se persigue el propósito de fomentar la igualdad y la justicia, y la conciencia ciudadana de sus derechos y deberes. Estas ideas que se repiten en la proclama del Gobernador, son muy de tener en cuenta en un deseo de emulación, ya que nuestro calendario recoge numerosas exaltaciones sobre el «trabajo», las «fuerzas armadas», la «madre», el «padre», los «santos», los «difuntos», etc., es decir, instituciones que exigen por una sociedad una conmemoración. No sería, por ello, descabellado que se estableciera el día de la celebración o exaltación de la ley, aunque claro, si ésta comienza a prestigiarse y a ser buena sin necesidad de que la complementen esa legión de Reales Decretos, Ordenes y demás disposiciones, pues de lo contrario lo mejor o sería seguir como estamos o pensar en un día del «Derecho» en el que se exaltase el gran papel a desempeñar por los juristas como servidores públicos, como profesionales y como miembros de una sociedad regida por sus normas. De esta manera nos alejaríamos un poco del abuso legislativo que significa la invocación administrativa de la legalidad vigente y volveríamos —en la famosa idea de SCHULZ— a tratar de ser el pueblo del derecho, que nunca fue el pueblo de la ley.

En la celebración del Centenario de la Ley Hipotecaria el programa tenía previsto el desarrollo de una serie de ponencias o conferencias seguidas de coloquios. Citamos por el orden en que aparecían programadas: «La responsabilidad del Notario con relación a las transacciones inmobiliarias y su inscripción en el Registro»; «Los documentos judiciales y su inscripción en el Registro»; «División de la sociedad de gananciales por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges y su inscripción en el Registro»; «El concepto novel de faltas que impidan la registración de los documentos bajo la nueva Ley Hipotecaria»; «El nuevo Código de quiebra y sus efectos con relación a las transacciones inmobiliarias bajo la Ley Hipotecaria vigente y en la nueva Ley Hipotecaria». A la Delegación española se la había encomendado un estudio de la Ley número 198 («Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad») publicada y en período de acomodación, dividiendo la materia en un estudio genérico que haría JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ en base compa-

rativa con la legislación española y un desarrollo de diversos temas a cargo de RAFAEL ARNAIZ EGUREN. Estas dos intervenciones, seguidas de un coloquio celebrado en el Colegio de Abogados de San Juan el día 3 de mayo, siguen a estas notas tal y como se expusieron.

Previo al desarrollo de los temas, CHICO Y ORTIZ dijo las siguientes palabras: «Honorables, excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, compañeros y amigos todos. El lenguaje jurídico es poco propicio para manifestar el agradecimiento, ya que las relaciones humanas que se encuadran en lo jurídico están mediatizadas por la reciprocidad: *el do ut des, el do ut facias*... y hasta la donación, aunque sea remuneratoria, pide para su perfección la reciprocidad de la aceptación. De ahí que haya que utilizar el lenguaje del pueblo llano para brindaros de corazón nuestro agradecimiento por esta gentil invitación que nos habéis hecho y por este cordial recibimiento que nos habéis ofrecido.

Celebrar un centenario es reconocer un mérito a una legislación que ha prestado sus servicios año tras año, pero también es un homenaje a aquellos hombres que hicieron posible con su aportación la vigencia de sus preceptos: eran un romanista (GÓMEZ DE LA SERNA) y un historiador (CÁRDENAS), presididos por CORTINA, según la frase de NÚÑEZ LAGOS, los que hicieron el milagro que ya tenía vida en la impresionante mente de don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA.

¿Eran mejores o peores aquellos legisladores que los de hoy día? Tenían, creo yo, más tranquilidad, menos prisa y sabían distinguir lo urgente y lo importante, aunque la Ley de 1861 estuviese marcada por el signo de la urgencia. A los cien años habéis puesto 'en pie' una nueva ley y hay que ayudarla a caminar y esta labor es de todos. Venimos no con espíritu crítico y sí a ofreceros unas sugerencias apresuradas en el poco tiempo de que hemos dispuesto. Nuestro deseo es que las mismas os puedan servir en nuestro afán de colaboración, para que esta vuestra nueva ley sea modélica y logre alcanzar el calificativo de centenaria... y que alguno de vosotros lo vea y lo celebre».

Estudio comparativo de dos legislaciones hipotecarias

SUMARIO: A. *Sentido general de la reforma.*—B. *Organización del Registro*—C. *Función de la inscripción en el proceso enajenativo.*—D. *Actos y documentos inscribibles.*—E. *Principios fundamentales del sistema:* a) Rogación b) Prioridad. c) Tracto sucesivo. d) Calificación registral. e) Fe pública registral y legitimación. f) Principio de especialidad.—F. *Clases de asientos y circunstancias:* a) La presentación. b) La inscripción c) La anotación preventiva. d) La nota marginal. e) La cancelación.—G. *Rectificación de asientos y publicidad formal del Registro.*

A. SENTIDO GENERAL DE LA REFORMA

La legislación vigente hasta la reforma sufrida en ella por la Ley número 198 se encontraba en el Título IX, Libro II del Código Civil, en la Ley Hipotecaria de 1893 (14 de julio de 1893) y en el Reglamento Hipotecario del mismo año (18 de julio de 1893), así como en la Ley número 3, aprobada el 2 de septiembre de 1955, según enmendada, excepto la sección referente a sueldos de Registradores; la Ley de 1 de marzo de 1902, conocida como Ley de Recursos Gubernativos, enmendada; y Ley número 62, aprobada el 21 de julio de 1923, según enmendada. Esta legislación, en sus líneas generales, era muy semejante a la que rigió hasta que la isla de Puerto Rico dejó de ser provincia hispana en el año 1898 y que estaba constituida por las Leyes de 16 de noviembre de 1878 y Reglamento de 15 de febrero de 1879. La razón de que en el presente mes y año celebremos el centenario de esta legislación está en que el 1 de mayo de 1880 la Ley Hipotecaria española empezó a regir en Puerto Rico por primera vez al hacerse extensiva a la Isla por Real Decreto de 6 de diciembre de 1878.

Para señalar lo que podríamos llamar líneas directrices de la reforma hemos tenido que apoyarnos en comentarios aislados de la doctrina, ya

que el ejemplar de ley que obra en nuestro poder carece de una «Exposición de Motivos» que justifique y analice los puntos reformados. Nuestro compañero VÁZQUEZ BOTE, en un artículo que publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en el año 1968, se refería a la existencia de un «Proyecto de Código Hipotecario para Puerto Rico», procedente de la Secretaría de Justicia de Puerto Rico y al cual le precedía un Mensaje del Gobernador a la Honorable Asamblea Legislativa. Posteriormente el mismo autor, en su obra *Elementos de Derecho Hipotecario Puertorriqueño*, publicada en 1973, sigue comentando dicho proyecto. Con motivo de celebrarse en 1977 el III Congreso de Derecho Registral, algunas de las ponencias que presentó Puerto Rico, como, por ejemplo, la de JOSÉ R. VÉLEZ TORRES («La crisis del principio de legalidad en el sistema de Derecho registral puertorriqueño»), no dan noticia de movimientos reformadores. Ello hace suponer que la nueva ley se basa en los trabajos que culminaron con la redacción del Proyecto de Ley de que hemos hablado.

En sentido general, podrían apuntarse como tendencias generales de la nueva legislación:

- 1.º Un acercamiento terminológico a la legislación hipotecaria española en su versión de los años 1944-46, con aceptaciones de matices diferenciales en materia de la figura de la «reserva de prioridad», solución recomendada en las conclusiones de los Congresos Registrales I y II celebrados en Argentina y Madrid.
- 2.º Carácter general de simple mejora externa o formal que impone «una reforma que, conservando todos los principios que aseguran el tráfico inmobiliario del país, permita que éste se desenvuelva con todo el dinamismo que caracteriza a nuestra economía...», según frases del Honorable Gobernador.
- 3.º Rechazar el sistema del «seguro de títulos» que es el medio utilizado en EE. UU. para suplir la falta de un organismo que ofrezca publicidad sobre la cual pueda basarse el principio de seguridad del tráfico.
- 4.º Aceptar las sugerencias del Tribunal Supremo sobre la necesidad de reformar la Ley Hipotecaria, a fin de ponerla a la altura de la moderna ley española, especialmente en lo concerniente al tratamiento que ha de darse a los títulos que adolezcan de faltas subsanables e insubsanables.
- 5.º Tratar de solucionar el aspecto formal de los Registros, intentando superar el estado actual deplorable de los libros

de inscripciones. La existencia de libros completamente destruidos y con encuadernación inservible hace totalmente dificultosa la consulta y la expedición de certificaciones que acrediten la situación jurídica de la finca. Igualmente, la dirección de la reforma se dirige a la eliminación de un conjunto de documentos que se encuentran en cada oficina.

Quizá sean más profundas las razones de la reforma, pero de un examen del texto parece que no existen más. Quizá la publicación del reglamento en aplicación de la ley dé más margen al desarrollo de ciertas materias que en el texto legal solamente se apuntan. Sobre estas bases se hace necesario precisar —en forma un tanto genérica— cómo la reforma llevada a cabo no ha tenido en cuenta los grandes avances doctrinales que en esta materia han venido a complementar la legislación vigente española que parece haber sido tomada como modélica para lograr una meta.

No hace mucho en La Plata y coincidiendo con el 85 aniversario de la creación de la *Revista Notarial* y el otorgamiento de una medalla de oro, pronuncié una conferencia sobre el tema de los «Tres momentos de la legislación hipotecaria española» y, en la primera parte de ella, aludía al momento histórico-dogmático de la norma hipotecaria y a las realidades logradas y lo que en el futuro debe alcanzarse por dicha legislación. No hacía, con ello, más que reflejar el estado de transición en que nuestra legislación se encontraba predispuesta a una posible reforma para su necesaria adaptación a los nuevos tiempos y las nuevas concepciones. No hay que olvidar, de una parte, que la construcción dogmática de los principios hipotecarios fue una gran cima conseguida por unos estudios aplicados a una idea, pero que aquella fabulosa aportación de don JERÓNIMO GONZÁLEZ hoy se ha visto desbordada en el campo doctrinal y, al amparo de nuevos estudios, ha llegado la versión de la llamada jurisprudencia de problemas, la vuelta a un sistema latino de inoponibilidad basada en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (tesis mantenida por TIRSO CARRETERO) y la pionera forma de entender la teoría de los principios hipotecarios a través del «de seguridad de tráfico jurídico» (tesis sostenida por GIL MARQUÉS). Ya veremos posteriormente cómo todas estas tendencias no han sido tenidas en cuenta y que a la hora de la formulación de principios se sigue el sistema ya desbordado de considerar a la fe pública registral como una excepción al principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos. En este sentido la modificación debe ser considerada con criterio retroactivo, no en su aplicación, sino en lo que significa de retroceso a unas ideas que, superadas o no, se discuten.

De otra parte, me refería en la conferencia citada, a los grandes retos que la legislación hipotecaria española tiene planteados y solucionados en forma un tanto provisional en espera de una legislación que aborde con realidad la forma definitiva de resolverlos. Me estoy refiriendo a la problemática de las relaciones Catastro-Registro, el gran tema del urbanismo, la situación de prehorizontalidad, la mecanización del sistema de inscripciones, las posibles soluciones o excepciones al principio de tracto sucesivo, la debida regulación de las segregaciones, la precisión de la prioridad formal y la material, etc.

Ante esta situación, en la cual se descubren huecos que es preciso llenar con normas adecuadas, el intérprete se pregunta: ¿Cómo es posible que en una legislación de 1980 se retrotraiga la inspiración a una legislación que ha cumplido ya cuarenta años de servicios? Esta, quizá, sea la más alarmante consideración crítica que puede hacerse a la Ley número 198, sin perjuicio de plasmar el reconocimiento de gratitud que supone el cordón umbilical que une a la nueva ley con la ya vieja ley española.

La idea de que la reforma debería permitir que el sistema se «desenvuelva con todo el dinamismo que caracteriza a nuestra Economía...», fue duramente criticada por VÁZQUEZ BOTE, ya que, según él, nuestro sistema de Registro hipotecario está dirigido a una economía esencialmente agrícola, de escaso tráfico, de poco movimiento y, asimismo, una economía que quiere fomentar el crédito territorial, sin excesos. Querer mantener este sistema en Puerto Rico —sigue diciendo dicho autor— significa, o renunciar al sistema económico existente o ceder —desvirtuando su esencia— a las más mínimas exigencias jurídicas en beneficio de las económicas. Ninguna solución es, así planteada, deseable. El citado autor criticaba igualmente esa dirección, entendiendo que el legislador pretendía el logro de éxitos económicos, sin preocuparse de la esencia y virtud de las instituciones jurídicas y, de ahí, que ofreciese como soluciones la del sistema alemán, que se hubiese adaptado mejor a la situación económica de la Isla o, en su defecto, acogerse a la garantía del tráfico al sistema del alea, al seguro. Es curioso cómo este mismo autor, posteriormente, ataca todo el sistema de seguro de títulos.

Contra la opinión de este autor que trata de separar Economía y Derecho o, por lo menos, de mantener en sus parcelas ambas ciencias, quiero recordarle lo que decía Díez Pícazo, al tratar de descubrir la filiación de los principios jurídicos que inspiraron la Ley Hipotecaria española de 1861, señalando que: «La razón del predominio que adquieren, desde la segunda mitad del siglo XVIII y a lo largo de todo el siglo XIX, los llamados principios germánicos hay que ir a buscarla un poco en el juego de esos intereses económicos llamados a mover la

puesta en práctica de los principios jurídicos de publicidad y especialidad, destacándose de ellos el interés en la protección del crédito territorial y el interés existente en el mercado inmobiliario, considerado en sí mismo, esto es, en las transacciones que tienen por objeto bienes inmuebles...». Y si bien es cierto que la primitiva Ley Hipotecaria española tuvo como especial función la plena defensa de los acreedores hipotecarios, o sujetos que intervienen en el mercado de capitales con garantía territorial agrícola (economía esencialmente agrícola dice VÁZQUEZ BOTE), es también bien cierto que con la evolución de la legislación del sector industrial español (industria minera, siderúrgica, hullera, naval, ferrocarriles, etc.) tuvo en el Registro un gran apoyo a través de sus pronunciamientos. Al aparecer el «problema urbano» también el Registro ha contribuido poderosamente a esa seguridad que excoge la protección del mercado inmobiliario. DÍEZ PICAZO, al explicar la evolución de nuestra legislación hipotecaria, dice que las leyes iniciales fueron Leyes Hipotecarias, en una segunda fase a la publicidad de las hipotecas se acompaña la de las mutaciones dominicales y en un momento final el Registro se convierte en un Registro de la Propiedad por un desplazamiento del centro de gravedad del interés del mercado de capitales al mercado de inmuebles. La primera fase es la de las Contadurías de Hipotecas, la segunda las Leyes de 1861 y 1869 y la tercera es la de 1944-1946.

De ahí hay que poner un cierto reparo en ese inicial arranque de la ley, que en su artículo primero denomina a la misma como «Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad». ¿Se ha querido con esto aunar la primera y la última fase de las apuntadas?

El haber rechazado el sistema del «seguro de títulos», propio del ordenamiento americano, es medida que ofrece plácemes, máxime cuando es en Puerto Rico, sede del III Congreso Internacional de Derecho registral, donde se adopta con plena unanimidad rechazar de una parte la instrumentación privada y de otra la forma protectora del seguro de títulos. El seguro de títulos no es más que un «sistema sucedáneo de seguridad», no del derecho, sino del valor del derecho. VÁZQUEZ BOTE, en ese artículo posterior que antes citábamos, señalaba los tres grandes defectos que aconsejaban abandonar el sistema del seguro de títulos: a) Defectos del proceso de transmisión (lentitud, onerosidad, riesgos de la doble contratación, anulabilidad latente, intransferibilidad del contenido real). b) Derivados de la ausencia de la intervención notarial (ausencia de previa calificación, dificultades probatorias, fomento de litigios, defectuosa formalización del documento, etc.). c) Derivados del propio sistema jurídico (divergencia entre el interés del titular y el típico garantizado). En suma, como diría VÉLEZ TORRES: el sistema de la Ley Hipotecaria que provee la seguridad del crédito territorial y el de la publi-

cidad de las operaciones del Registro para proteger al tercero que de buena fe contrató descansando en la garantía que le ofrecían los asientos del mismo, hace innecesario el seguro de títulos, porque protege al dueño de un inmueble, o al tenedor de algún derecho real sobre el mismo, contra la existencia de vicios o gravámenes ocultos que invaliden o afecten el título.

De los detalles que la legislación ofrece nos acuparemos a continuación, después de haber señalado en forma muy genérica la crítica que nos merece el sentido global de la reforma.

B. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

La diferente estructura orgánica existente entre Puerto Rico y España provoca las diferencias que en este punto ofrecen ambas legislaciones, ya que si bien la institución registral está encuadrada en los esquemas del Ministerio o Departamento de Justicia y se habla de un Director Administrativo que viene a ser nuestro Director General, se distancian las legislaciones en otros muchos puntos:

- a) Aunque aparentemente a los Registradores de la Propiedad se les atribuya la condición de «funcionarios públicos», el español sólo lo es en cuanto a través de su función presta un servicio público, pero nunca actúa en nombre del Estado, ni del departamento a que está adscrito, sino que lo hace en nombre propio y bajo su exclusiva responsabilidad. De ahí se desprenden tres grandes consecuencias: 1.^a Que su remuneración sea por Arancel y no por sueldo. 2.^a Que el ingreso en la carrera de Registrador deba ser por oposición que demuestra la imprescindible formación jurídica que se exige para poder resolver los complicados problemas jurídicos que se ofrecen. 3.^a Que el personal al servicio del Registro es nombrado por el Registrador en base de una especial relación laboral de confianza. Este personal está integrado en una de las secciones de la Mutualidad del Colegio Nacional de Registradores.

Como vemos las diferencias son sustanciales, ya que en el nombramiento (generalmente temporal), traslados, responsabilidades, designación de empleados, etc., desempeñan un papel importante el Gobernador, el Secretario de Justicia y el Director Administrativo, según se desprende de los artículos 2 a 22 de los Títulos I y II de la nueva ley.

- b) Se adopta el sistema del folio real tomando —como dice el artículo 32— la finca como unidad registral y destinando a cada inmueble (la expresión inmueble parece poco acertada teniendo en cuenta la posible inscripción de concesiones administrativas) un folio particular. Prácticamente las semejanzas entre el sistema español y el que regula la nueva ley son totales. Únicamente parece que la nueva ley puertorriqueña al hablar del folio lo contrapone o lo distingue de los libros (art. 33), planteando la duda de si el Registro habrá de llevarse por libros o por folios (diseñados con todas las precauciones para su conservación, evitación de fraude, falsedad, deterioro, extravío o traspapeleo, como dice el art. 32).

Quizá el avance en materia de mecanización y facilitación de la llevanza del Registro se relegue para una normativa reglamentaria al amparo de esa premisa establecida en el artículo 32, 2.º, al admitir en las inscripciones las abreviaturas y guarismos y «aquellos sistemas fotográficos, mecánicos o cualquier otro sistema que facilite la organización y funcionamiento del Registro en todos sus aspectos». Es muy difícil pronunciarse en esta materia cuando la legislación española sólo ha avanzado en la adopción de libros con hojas intercambiables, escritura mecanizada en forma directa o a través de cintas magnetofónicas, expedición fotocopiadora de certificaciones, etc. Creo que hay que dar un paso más en esta materia pensando en la utilización del sistema de ordenadores electrónicos para lograr de ello un rendimiento eficaz en materia de identificación de fincas en plano, de almacenamiento de datos que puedan servir de base para la manifestación y certificación del estado de las fincas, ficheros, pantallas de reproducción del contorno de fincas, titularidades, cargas, etc.

- c) Se sigue manteniendo el sistema de la llevanza de los Registros de la Propiedad a base de circunscripciones territoriales y secciones. Lo cual semeja el sistema al español, aunque este último está mediatizado por la demarcación judicial, ya que cada circunscripción territorial corresponde al llamado partido judicial.

Resulta novedosa, o por lo menos complementaria, la norma en la que se soluciona el problema de la inscripción de fincas sitas o radicadas en diferentes circunscripciones territoriales o secciones, por virtud de la cual la voluntad

de los particulares decidirá en qué inscripción debe continuarse el historial de la finca cuando la cabida de cada sección sea igual y no pueda aplicarse el criterio de la mayor cabida.

Lo que no resulta acertado es el intento de definición de lo que el Registro de la Propiedad tiene por objeto formulado en el artículo 7, ya que se cometen ciertas imprecisiones sobre lo que se registra y lo que se publica, aparte de su forma incompleta de formulación. Debemos fijarnos que lo que se define como objeto es «la registración de actos y contratos», «mediante un sistema de publicidad de títulos». Doctrinalmente es conocidísima la polémica que dividió a la doctrina sobre si el Registro de la Propiedad lo era de títulos, de derechos reales, de documentos, de hechos, etc. Desde que NÚÑEZ LAGOS, en Argentina en el año 1949, plantea la cuestión, la doctrina se afilia a una u otra postura hasta que LA RICA y LACRUZ BERDEJO llegan a una posición intermedia: lo que se inscribe es el título y lo que se publica es el derecho real que el mismo contiene. ¿Será eso lo que ha querido decir el legislador en el artículo 7? Si es así, demos por bueno su intención, aunque la fórmula utilizada no puede ser más desgraciada. Aparte de ello es «incompleta», ya que se olvida de las notas marginales, de las cancelaciones y al precisar las resoluciones judiciales sólo hace referencia a las que afecten a la capacidad civil de los titulares. Tampoco cita los documentos administrativos.

C. FUNCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL PROCESO ENAJENATIVO

En Puerto Rico, como en España, se adopta la teoría del título y el modo para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales. Así lo dispone el artículo 549, párrafo 2.º, al decir: que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La última queda cumplida por el simple otorgamiento de la escritura respectiva (art. 1.351 del Código Civil).

Parece, por ello, que la inscripción sólo tiene un carácter declarativo. Unicamente como excepción a dicho principio está el caso de la hipoteca, que para su debida constitución exige el acuerdo en escritura pública y que la misma se inscriba en el Registro (art. 188). Quedan, sin embargo, sin resolver ciertos puntos en relación con la inscripción:

- a) El posible valor que la inscripción pueda tener en relación con el título adquisitivo y con el modo. Cosas ambas que

han de deducirse de los criterios interpretativos doctrinales. Sólo la inscripción tiene el valor de «justo título» a los efectos de una prescripción adquisitiva (art. 106). La inscripción, según la tesis de LA RICA, completa el ciclo adquisitivo del derecho, el cual no produce todos sus efectos *erga omnes* hasta que se verifica la inscripción. La inscripción no sustituye al modo, sino que lo ignora. Este criterio debe ser hoy día aceptado en vista de la presunción posesoria que establece el artículo 104, reforzada, frente al criterio español, ya que ordena a los Tribunales inclinarse por la posesión tabular en caso dudoso.

- b) Ha desaparecido de la ley el precepto básico del sistema latino que recoge el Código Civil en su artículo 546 y que venía a justificar las ideas anteriores. «Los títulos de dominio o de otros derechos sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero».

Al intérprete le causa auténtica sorpresa esta supresión que puede ser debida al respeto que el precepto del Código Civil contiene o al criterio de entender que el mismo no era preciso en un sistema que parece intentar un acercamiento al germánico, aunque las diferencias sean notables. Si la idea ha sido la primera, entiendo que es apartarse de la legislación española, en la cual, como se sabe, el artículo 606 del Código Civil dice lo mismo que establece el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Si aceptamos la segunda postura hay que pensar que la fe pública registral tiene la doble proyección de presumir el Registro exacto e íntegro y en la regulación que se hace de la misma en el artículo 105 sólo se contempla el caso de «exactitud», pero no el de integridad que es el que se contenía en el precepto anterior de la ley y en el artículo citado del Código Civil.

D. ACTOS Y DOCUMENTOS INSCRIBIBLES

Intencionadamente he titulado este epígrafe comprendiendo a los «actos y documentos inscribibles», pues considero que cuando una legislación no guarda el rigor técnico preciso para determinar lo que se «inscribe», el intérprete puede permitirse la libertad conceptual de hablar de actos inscribibles en general, dentro de la teoría del negocio jurídico, y de documentos como vehículo que sirve para el sostenimiento

formal de los mismos. Si observamos el artículo 38 veremos que hay tres clases de cosas que se inscriben: los títulos, los actos y los contratos, y si volvemos al artículo 7 ya comentado solamente parecen inscribirse los actos y los contratos «mediante un sistema de publicidad de títulos». La crítica que puede hacerse al sistema adoptado podemos dividirla en dos partes: la que se refiere a los actos inscribibles y la que señala los documentos en que han de constar los mismos para ser inscritos.

a) *Actos, contratos y títulos inscribibles*

- 1.º El sistema de numeración que utiliza el artículo 38 permite trasladar al mismo todas las críticas que se han hecho al español, ya que salvo alguna idea de agrupar en un sólo párrafo los dos primeros que formula la ley española, lo demás todo son coincidencias, salvo la supresión de la referencia a la persona que adquiera, la rebaja de tres años para que se inscriban los arrendamientos y la inclusión de la inscripción del derecho de opción (que la legislación española lo recoge en su Reglamento) y del derecho hereditario (que en el Derecho español sólo es anotable). Puestos a enumerar habría que haber pensado en los posibles derechos reales administrativos, un estudio de los cuales hace CARRETERO PÉREZ («Inscripciones de derechos administrativos en el Registro de la Propiedad». *Información Jurídica*, núm. 318) y concretamente haberse referido a las concesiones administrativas cuya naturaleza es discutida. Se subsana la omisión en el artículo 82. En el fondo es de alabar la fórmula que se emplea para los derechos reales inscribibles en el que el sistema adoptado es el del *numerus apertus*.
- 2.º Estoy en contra de esa exclusión de inscripción que enumera el artículo 39 sobre los bienes de dominio o uso público destinados al uso general y público, los de dominio y uso común (terminología un tanto confusa para la legislación española, pero que puede ser perfecta para la puertorriqueña, cosa que no he podido comprobar) y las servidumbres impuestas por la Ley de Utilidad Pública Comunal.

MARTÍNEZ DE BEDOYA, en un comentario que hacía de un libro que trataba sobre los «deslindes administrativos»,

demonstró la inutilidad de los artículo 5 y 6 del Reglamento Hipotecario español, patrocinando la idea de la necesidad de la inscripción de esos bienes y la constancia por nota marginal del uso o servicio a que los mismos se destinaban. PAREJO GÁMIZ, en su estudio monográfico sobre «Protección Registral y dominio público», razona sobre la falta de ostensibilidad que en la actualidad tienen los bienes de dominio público —a diferencia de otras épocas— y la indefensión que ello supone para el Estado. Además, añade, que resulta chocante que la propia Administración no pueda acogerse a un instituto que, en definitiva, es un servicio público como el Registro. Entiendo igualmente que sólo las llamadas servidumbres legales «aparentes» son las que podían excluirse, pero no las demás.

b) *Documentos que han de contener los derechos inscribibles*

Con motivo de la celebración del III Congreso Internacional de Derecho registral en Puerto Rico se aportaron por la Delegación de dicho país dos trabajos sobre la instrumentación de los derechos reales inscribibles. MARÍA LUISA B. FUSTER («Instrumentación de los derechos reales inscribibles en el sistema registral de Puerto Rico») y DOMINGO TOLEDO ALAMO («La función notarial y la instrumentación de los derechos reales sobre bienes inmuebles») son los autores que defendieron a través de sus ponencias la necesidad del documento notarial como medio jurídico adecuado para provocar la inscripción. Este es el sistema que recoge la ley actual, que en su artículo 42 contempla el documento público en su triple versión de escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o funcionario competente. La fórmula, al ser idéntica a la española, con pequeños matices en su última parte, es incorrecta ya que la escritura pública también es documento auténtico. Quizá hubiera sido mejor hablar de documentos notariales, judiciales y administrativos, aunque no todos los judiciales ni todos los administrativos son inscribibles. La excepción al documento privado —materia ésta muy discutida— es la que ofrece el artículo 62 para los casos de títulos universales o singulares que no describan individualmente los bienes, completada la materia por el supuesto del heredero único a que se refiere el artículo 95 en su párrafo tercero.

En forma idéntica a la regulación española, en materia de la definición del título inscribible, se recoge en el artículo 43, sin que la ley

insista, como el Reglamento Hipotecario español, en qué debemos entender por documento auténtico ni en las posibles diferencias existentes entre el auténtico, el fehaciente y el complementario. En forma semejante a lo regulado en el Reglamento Hipotecario español se dictan una serie de disposiciones sobre la admisión de documentos otorgados en los Estados Unidos de América o en país extranjero y de los documentos no otorgados en idioma español. En el fondo, toda esta materia es más propia de un reglamento que de una disposición legal y de haberla querido perfilar hubiese sido necesario tener en cuenta la reforma llevada a cabo en el Reglamento Hipotecario español por Real Decreto de 27 de agosto de 1977 (sobre cuya reforma publiqué un artículo en la *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1978, bajo el título «Comentarios a la reforma parcial del Reglamento Hipotecario»), en la que se facilita el cumplimiento de las exigencias que ahora impone la ley puertorriqueña.

Completan la regulación de estas dos materias sendos pronunciamientos acerca de los títulos o actos que no son inscribibles. Uno es el referente a los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer (dictándose en una de las disposiciones, art. 255, disposición segunda, la conversión de las inscripciones de posesión en de dominio) y el otro es la exclusión de inscripción de las obligaciones y los derechos personales (arts. 44 y 41, respectivamente). La medida merece plácemes.

E. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA

a) *Rogación*.—Hemos hablado anteriormente del carácter declarativo de la inscripción y ahora hay que añadir el matiz de su «voluntariedad». Al ser voluntaria se exige por la ley que la jurisdicción registral sea rogada. La actuación registral no cabe producirse «de oficio» salvo en algún caso excepcional.

Cabría añadir al carácter apuntado de voluntariedad el de ser estimulada, pues el artículo 252, al igual que la ley española, mantiene el criterio de la inadmisión de documentos por Tribunales y organismos del Gobierno de los que no se hubiere tomado razón en el Registro según los diferentes casos que se distinguen. VÁZQUEZ BOTE, siguiendo la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO («reconocer un derecho como eficaz y perfecto en sí mismo y en su adquisición y negarle amparo por falta de un requisito facultativo que entre partes no le da fuerza alguna, es absolutamente injusto y absolutamente ilegal, ya que nuestro sistema no se ha modificado y el Código Civil sigue intacto»), había criticado la existencia de dicho precepto sobre la base de que el tercero de que se habla es el protegido por la fe pública y contra el mismo es indiferente

que los documentos estén o no registrados, ya que no le afectan. La interpretación dada por este autor quizá haya pesado en la redacción del nuevo artículo en el cual ya no se distingue entre partes y terceros y entre bienes inscritos y no inscritos. El precepto español, interpretado serenamente por SANZ y ROCA, entendían que había que distinguir entre bienes inmatriculados y bienes inscritos y de ahí partía la diferencia entre el tercero civil y el tercero hipotecario que nunca podía serlo en el caso de no estar inscrito el dominio.

Pero ahora el precepto, a pesar de su simplicidad, no tiene base lógica en que apoyarse ya que al haber hecho desaparecer el artículo 32 de la Ley Hipotecaria española que establece la inoponibilidad frente a terceros de los documentos, actos o contratos que no estén inscritos, poca autoridad se reserva la ley para ordenar la «inadmisibilidad» de documentos a los Tribunales y organismos administrativos cuando ella no parte de ese principio.

Se regulan las personas que pueden pedir la inscripción (adquirente, transmitente, el que tenga interés y el representante de todos ellos) conforme al artículo 48 y se dictan dos normas que se apartan un poco de la legislación española:

1. En la legislación española se facula al Registrador para admitir o no los documentos que reciba por «correo» (cosa que no va muy de acuerdo con la legislación del procedimiento administrativo, pero que es lógica si se piensa que el procedimiento registral dista mucho de ser calificado como administrativo) y en la legislación puertorriqueña la presentación ha de ser «personal», conforme al artículo 34. Sin embargo, cuando el Registrador observe una falta en el documento lo notificará al presentante y al Notario autorizante del documento, «bien por entrega personal o por correo». Yo entiendo que la norma peca de injusta, pues si eliminamos el correo en la recepción, debemos eliminarlo en la notificación.
2. En la legislación española la *entrega* del documento presupone la solicitud de inscripción. En Puerto Rico hay que acompañar a la entrega una «solicitud» de inscripción o «minuta» en idioma español, según disponga el Reglamento. Facilitar el acceso al Registro de la Propiedad debe ser una de las directrices de toda norma que regule la materia, por ello entiendo que sobra esa solicitud y, por supuesto, esa «minuta», ya que el Registrador ante un documento debe saber lo que tiene que hacer y practicar.

La retirada de documentos presentados en el Diario de operaciones es frecuente en el Derecho español, ya que siendo requisito previo a la inscripción la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y sucesiones, se presentan con el objeto de ganar rango y se retiran para facilitar la liquidación. Lo que no regula el Derecho español es el «disentimiento» o la renuncia a los efectos y plazo del asiento de presentación o, quizá, lo que no arbitra es un medio para que ello se constate registralmente. Por ello me llama la atención la norma del artículo 51 donde se dice que podrán «retirarse» los documentos antes de inscribirse por el presentante, el portador del recibo o un representante del presentante. Y encuentro consecuente la norma, así como el párrafo siguiente que arbitra la posibilidad de que el retiro del documento pueda perjudicar a otro titular, exigiéndose en este caso el consentimiento del que «tenga derecho a retirar estos documentos».

b) *Prioridad*.—El llamado principio de prioridad parece recogerse en su esencia fundamental del *prior tempore, potior iure*, señalando la iniciación de efectos en cuanto a tercero de los títulos inscritos la «fecha de su inscripción», considerándose como tal la del asiento de presentación que debe constar en la inscripción misma. Este principio admitido en el artículo 53 se desarrolla en su segundo párrafo al determinar la preferencia por la fecha, hora y número de la presentación. Saca la consecuencia final el artículo 56 al impedir el acceso al Registro de cualquier título opuesto o incompatible al inscrito o presentado.

De un examen un poco ligero de la legislación parece resultar verdad lo que se establece, ya que al referirse a las anotaciones convertibles en inscripciones, la conversión produce efectos desde la fecha de la presentación (art. 124) y al hablarse de caducidad de las anotaciones también parece referirse a la fecha del asiento (art. 141). Con ello quiero indicar que se ha rechazado esa manera de entender la prioridad por nuestra doctrina y por alguna Resolución de la Dirección General. De todos es conocida esta tendencia doctrinal que arranca de SANZ FERNÁNDEZ, que al comentar la reforma hipotecaria de 1944 consideró que la caducidad de las anotaciones preventivas por el transcurso de cuatro años deben ser computados a partir de la fecha de la propia anotación preventiva y no de la del asiento de presentación. Posteriormente, LA RICA admitió la posibilidad al distinguir la fecha «propia» de los asientos y la fecha «efectiva» de los mismos. AMORÓS GUARDIOLA, al filo de un comentario de la Resolución de 28 de noviembre de 1969, distinguió dos clases de fechas: una, a efectos de prioridad o «fecha extrínseca» al asiento, que sirve para determinar desde qué momento el acto que

ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferente a cualquier otro referente a la misma finca y la «fecha intrínseca», a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia, o limitación de eficacia, en su caso, del asiento en sí mismo considerado que tiene relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada.

Mi opinión era contraria a todo esto y al hacer TIRSO CARRETERO la recensión de mi libro (*Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación*) y comentar la Resolución de 18 de marzo de 1972, plantea y me reta a su desenvolvimiento en la precisión de la llamada prioridad formal de los artículos 17 y 313 de la Ley Hipotecaria y y la prioridad sustantiva de los artículos 32 y 145, 2.º, de la misma Ley. En una forma un tanto breve contesto a este autor en el *Anuario de Derecho Civil 1968*, fascículo I, páginas 180 y siguientes.

Lo que realmente choca con nuestro sistema registral es la admisión de esa «reserva de prioridad» que precisa —conforme al artículo 54— solicitud al Registrador por un Notario público y siempre que se acredite notarialmente el consentimiento de los titulares del derecho inscrito. En el fondo la figura no viene a ser más que una especie de opción que plantea un conjunto de problemas que la regulación legal deja en el aire o quizá piense resolverlos en el Reglamento. Como de este tema se va a ocupar más ampliamente mi compañero RAFAEL ARNAIZ, me limito a señalar lo que ya apuntó CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO en su ponencia al II Congreso Internacional de Derecho registral:

1. La fecha de presentación del título que en su día se otorgue y se inscriba es, por supuesto, distinta a la que ya hemos apuntado: es la de la solicitud de reserva y no la de la presentación del título. Parece que la calificación del Registrador sólo se refiere a si está o no hecha la reserva en debida forma, pero no se le da opción a calificar si el documento se otorga dentro de los DIEZ DÍAS que marca el artículo 55 (cosa fácil de averiguar por la fecha fehaciente del mismo), debiendo presentarse dentro de los VEINTICINCO de la misma fecha y aquí sí que debe entrar la calificación, pues se trata de una fecha de caducidad sin prórroga posible. ¿Qué pasará con el documento que se otorgue después de los diez días y se presente dentro de los veinticinco? De otra parte, es evidente que el derecho nace en el momento del otorgamiento del documento notarial, ya que la inscripción no es constitutiva y, sin embargo,

registralmente se le va a dar como constituido desde la fecha en que se presenta la solicitud de reserva de prioridad.

2. De ahí que tuviera razón HERNÁNDEZ CRESPO al apuntar acertadamente que si la reserva de prioridad se limita al aspecto formal del principio, la admisión de la figura no ocasionaría dificultades y sería fácil su encaje en cualquier ordenamiento jurídico, pero si la reserva de puesto y la consiguiente eliminación o subordinación de actos registrales ingresados en el Registro con posterioridad a la reserva de prioridad —aunque fueran de igual o anterior fecha que el amparado por ella— implica que el negocio jurídico favorecido por ella será el que goce de la protección registral, siendo eliminados, o subordinados los demás, llegándose, por esa protección registral, a considerar como definitiva la preferencia proclamada por el Registro, sin posibilidad de discutirla o alterarla, es claro que el conceder preferencia a un proyectado Y FUTURO DERECHO NO NACIDO, frente a otro ya nacido y perfeccionado e incluso inscrito, aun con inscripción condicionada a la llegada del plazo meramente anunciado, significa la modificación de todo el sistema hipotecario y alterar las normas de prelación en la transferencia de inmuebles del ordenamiento jurídico.
3. El problema está, por tanto, en determinar los efectos y destino de los derechos presentados posteriormente a figurar la reserva de puesto o prioridad, ya que el artículo 55 únicamente se refiere a ello con una fase que parece afectar solamente al aspecto formal: y con arreglo a ello se calificarán otros títulos que hayan podido presentarse con posterioridad a la reserva. En los sistemas de inscripción no constitutiva —y éste parece ser el puertorriqueño— la prioridad registral puede ser distinta de la civil (y en el caso de reserva de prioridad lo será) pudiendo alterar profundamente el alcance de ésta.

Como el tema es viejo y ya ha sido tratado en Derecho español por MORELL Y TERRY, don JERÓNIMO GONZÁLEZ, PELAYO HORE, RUIZ MARTÍNEZ, VILLARES PICO, etc., no insistimos más. La justificación de su admisión —supongo que con complacencia argentina, que la considera como institución nacional— quizá se debe al haber escuchado esa recomendación que se hizo en Puerto Rico en el III Congreso Internacional de Derecho Registral.

c) *Tracto sucesivo*.—El principio viene formulado con bastante rigurosidad por el artículo 57, que exige la previa inscripción a favor de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales. Observamos que no se habla para nada de los actos «constitutivos», como puede ser la hipoteca. La consecuencia de la inobservancia es la denegación de la inscripción.

Las excepciones al principio y los supuestos, no es precisa su observancia, los señalan los artículos 57 a 60:

1. Las resoluciones y ejecutorias de los medios de inmatriculación y reanudación del tracto que señala el Título XII.
2. Los casos de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás órganos de actuación de carácter temporal.
3. La situación de ratificación de contratos privados hecha por los herederos.
4. Los adquirentes del causante pueden inscribir aunque conste la inscripción del derecho hereditario a favor de alguno o de todos los herederos.

El principio se formula para los casos de herederos y legatarios, así como para los documentos particionales y los de transferencia o gravamen del derecho hereditario e igualmente se aplica el principio en las expropiaciones forzosas con citas previas de titulares registrales o dando al acto resolutivo el carácter de inmatriculador.

Quedan sin resolver esa serie de problemas que GABRIEL HORTAL plantea en su trabajo sobre segregaciones de fincas («Segregaciones y determinaciones de resto» *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, octubre 1970, núm. 51) y los comentarios que hace TIRSO CARRETERO a la Resolución de 8 de mayo de 1978, recogidos por mí en el *Anuario de Derecho Civil*. Pero éstos y otra serie de problemas destinados a facilitar la reanudación del tracto me imagino que serán resueltos o abordados por el Reglamento.

d) *Calificación registral*.—La medida de un sistema registral no creo que la dé el conjunto de principios que determinan sus efectos, sino el poder que la ley otorga a quien debe ejercer la tarea de seleccionar lo que debe ingresar en el Registro conforme a la normativa vigente. Cuantos mayores sean los efectos que se concedan a la inscripción, más han de ser los poderes que se concedan al Registrador. De ahí que sea fundamental en todo sistema perfilar con acierto la forma de seleccionar quien ha de ejercer esa función y rodearla de tales garantías que sus decisiones sólo puedan ser atacadas a través de un recurso gubernativo.

Mi compañero RAFAEL ARNAIZ, que ha escrito un discutido artículo sobre la materia («Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. Clasificación de las faltas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1977), va a profundizar en este punto, pues su artículo creo que es posterior a mi libro sobre calificación y siempre hay que escuchar la última palabra. De todas formas me voy a permitir hacer unas puntualizaciones sobre la facultad calificadora:

- Quizá la fórmula empleada para definir la facultad no sea superior a la española, pero es completa. Me ha gustado sobremanera la valentía que el párrafo tercero del artículo 64 demuestra frente a los documentos judiciales y cuya fórmula mejora la nuestra. No me convence esa asimilación del documento judicial al administrativo, ya que mi larga experiencia al frente de Registros me ofrece una estadística alarmante de documentos administrativos inservibles, que no solamente exigen una calificación «a fondo», sino que necesitan de esa labor «paternal» de reelaboración del documento para que pueda surtir el efecto deseado.
- Me parecen correctos los medios que se adoptan para mantener la autonomía de la función y la independencia de las mismas, superando las posibles incompatibilidades. Lo que me parece una repetición de principio, por tanto innecesaria, la de estimar, como lo hace el artículo 64 que los Registradores no están facultados para apreciar la legalidad de las calificaciones efectuadas ni de los asientos extendidos con anterioridad, ya que el artículo 7 de la Ley establece el principio de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y producen todos sus efectos legales mientras no se declare lo contrario.
- Parece ser que se ha suprimido la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, ya que el artículo 68 habla de faltas en general y la disposición transitoria sexta se refiere a los anteriores defectos subsanables. De la redacción del artículo citado al admitir que dichas faltas «impiden la registración del título presentado» ... «si no se corrigiesen», quiere decir que todas son corregibles o subsanables, aun las que produzcan la nulidad de los títulos.

Los reparos que a ello pueden ponerse vienen más del campo conceptual que del de la práctica registral. Sin embargo, si resulta criticable la redacción que se da al artículo 69, a cuyo amparo el asiento de presentación que tiene

una vigencia predeterminada (salvo los casos de suspensión o prórroga), se convierte en un medio de hacer durar el mismo tanto cuanto quiera el Registrador. Veamos: si se pide en el asiento de presentación y lo lógico es que se pida, si el Registrador nota algún defecto dentro de la fecha del asiento, el día 59 del mismo, notificará su calificación al presentante y al Notario autorizante bien por entrega personal o por correo (contra la prohibición de recibir documentos por este medio) para que se corrijan las faltas en plazo de sesenta días más a contar desde la notificación (¿Del día que se expida, del día que se reciba?), pudiendo dicho plazo comenzar a contarse, si se hiciere más de una notificación, a contar desde la última.

- El sistema de recursos, que se aparta un tanto del gubernativo nuestro, incide en ese previo e inútil recurso de «reposición» o «recalificación» que es —desde el punto de vista administrativo— un sistema para ganar tiempo y prolongar el procedimiento y desde el punto de vista sociológico un desconocimiento de la psicología del funcionario y un ataque insospechado a la teoría de los actos propios.

No sé hasta qué punto la omisión de un delito puede ser sólo una obligación del Registrador en cuanto a su notificación (art. 75), ya que lo procedente sería, aunque el acto no fuese nulo, rechazarlo hasta tanto se dilucide la culpabilidad correspondiente. No comprendo, desde mi posición registral, el párrafo segundo del artículo 76 en donde se admite un recurso cuando el Registrador se niega a reconocer en el asiento, cuando le sea solicitado, todo el valor y efecto legal del título, ya que si no se reconoce eso, no comprendo cómo puede inscribirse.

- Sería curioso distinguir la terminología utilizada por la ley entre la «prórroga del asiento de presentación» y la «suspensión», materia que dio lugar a un recurso reciente en España que intentó resolver la Resolución de 11 de marzo de 1978.

e) *Fe pública registral y legitimadora*.—Parece ser que son los dos grandes principios que se conservan en el sistema de Puerto Rico y aquí vamos a prescindir de si están incluidos en el principio genérico de publicidad de si son propios del de seguridad del tráfico, etc. Nos vamos a fijar en su formulación:

1. La fe pública registral, tal y como se entiende en su admisión por los sistemas latinos, se basa en una doble presunción de exactitud y de integridad del contenido del Registro, o de ese instrumento técnico dotado de una publicidad que trata de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario. Y para que esa doble presunción tenga un contenido sustancial se crea la figura del tercero que adquiere confiado en las manifestaciones registrales, protegiéndole de tal forma que su adquisición se hace intocable si reúne los requisitos que le son exigidos.

Pero para que funcione el principio se hace necesario que la presunción tenga esa doble proyección de que hablamos, pues si al Registro de la Propiedad lo consideramos «exacto», aunque luego de la adquisición sea declarado «inexacto», pero no lo declaramos «íntegro», resulta que no puede mantenerse la adquisición del tercero, ya que los derechos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén inscritos o anotados pueden perjudicar al mismo. Es decir, que el haber suprimido el contenido del artículo 32 de la Ley Hipotecaria española, raíz latina de nuestro sistema, deja cojo y sin contenido el artículo 105 que solamente protege al tercero de las inexactitudes registrales (rescisión, anulabilidad del título del transmitente). O se respetaba el principio de inoponibilidad o se daba a la inscripción el carácter de constitutiva.

Aparte de esta crítica que por ser de una notoriedad indiscutible, quiero advertir que se incide en otra confusión que ya tuvo en su día la Ley Hipotecaria española de 1861. Una cosa es que la inscripción no convalide los actos que son nulos con arreglo a las leyes y otra cosa es el principio de fe pública registral. Creo que fue SANZ quien apuntó clarísimamente la idea en la que había que distinguir: efectos de la inscripción sobre el acto o contrato nulo; efectos de la inscripción en sí misma considerada y efectos de la inscripción frente a inscripciones posteriores. Solamente en este último caso es donde aparece la fe pública registral y, por ello, para nada hay que relacionar el primer efecto con el último.

La proyección de los efectos de la fe pública en materia de prescripción ha sido tomada de la ley española que supone, como decía NÚÑEZ LAGOS, la decadencia de la figura del tercero a base de exigírsele un comportamiento de dili-

gencia que supone lo que LA RICA llamó tercero «pluscuamperfecto». Lo recogen los artículos 106 y 107.

2. La legitimación está recogida en el artículo 104 y en el 7 ya citado. El primero, presumiendo la existencia, pertenencia y posesión de los derechos registrados en la forma determinada por el asiento, que conforme al segundo quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Queda pendiente, como en el Derecho español, si todo ello lleva consigo un poder de disposición, cosa que niego en una de mis publicaciones, porque no es lo mismo estar legitimado para disponer que tener poder dispositivo. Es un problema conceptual.

Como consecuencia de todo lo anterior y enfocando siempre la problemática hacia la exactitud registral y no hacia la integridad, se regulan los efectos de las acciones rescisorias y resolutorias (incurriendo en el defecto de volver a traer a la acción pauliana), los casos en que no se anulan los actos o contratos en perjuicio de tercero y la forma de rectificar la inexactitud registral.

f) *Especialidad*.—Este principio se recoge en diversos preceptos de la ley como una consecuencia de la adopción del folio real. Cada finca llevará un número diferente y correlativo y las inscripciones sucesivas también tendrán una numeración correlativa especial. Expresamente se dictan normas para la inscripción bajo un solo número de las bases, los edificios, las estructuras, las concesiones administrativas, los pisos, etcétera.

Copiando casi fielmente el artículo 13 de la Ley Hipotecaria española se proclama la especialidad al concentrar en el folio de cada finca la inscripción de todos los derechos y cargas que pueden gravarla, de tal forma que si no figuran en el mismo no producen efecto contra tercero. Y al leer este artículo 83 se me ocurre preguntar, ¿valdrá el mismo como sustitutivo del requisito de inoponibilidad que supone la integridad del Registro? ¿Y si lo reputamos como válido a esos efectos debemos entender que ha sido esa la intención del legislador? A mi juicio, creo que la redacción ha sido precipitada y que el legislador eliminó el artículo 32 de la Ley Hipotecaria que en su amplitud habla del dominio y derechos reales, así como de inscripción o anotación, mientras que el 83 solamente se refiere a derechos reales limitados, garantía y gravamen, exigiendo para ellos la inscripción, pero no la anotación. El párrafo segundo es un indicativo de que el artículo se está refiriendo a la función del principio de especialidad y no a la integridad registral.

El principio de especialidad rige igualmente en materia de hipotecas donde se exige la distribución del crédito (art. 87) y la determinación de la obligación, intereses y costes (art. 90).

F. CLASES DE ASIENTOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS

En los libros del Registro se practicarán, dice el artículo 80, las siguientes clases de asientos: presentación, inscripción, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas. En el fondo, aunque no se precisen las clases de inscripciones, la fórmula es semejante a la española y brevemente vamos a comentarla:

- a) Conforme al artículo 34 debe llevarse un libro Diario o sistema de ordenamiento donde se hacen constar, con las circunstancias que se señalan, la presentación de los documentos por orden cronológico, fecha, hora exacta y número. Las circunstancias son más escuetas que las de la ley española. No se habla de la firma del Registrador en el asiento y sí se formula la firma del cierre por «persona designada por el Registrador para realizar tal función», cosa que también sucede en el sistema español en los casos de ausencia o licencia. No es precisa la previa calificación para la extensión del asiento, según el artículo 66.
- b) En materia de inscripciones podríamos distinguir estos aspectos:

— *Las inmatriculaciones.*—La verdad sea dicha que la legislación de Puerto Rico, en su versión de la legislación implantada, incide en los mismos defectos que la española al hablar de que la primera inscripción será de dominio (artículo 81) y luego instaurar el sistema de inmatriculaciones que, dicho sea de paso es más limitado y circunscrito que el del Derecho español (arts. 236 y siguientes).

— *Las inscripciones.*—Parece que el legislador opta por distinguir entre primeras inscripciones y posteriores, conforme al artículo 87 de la ley, en el cual parecen apuntarse las diferencias que en el Derecho español existen, en orden a circunstancias, entre las inscripciones extensas y concisas, aunque no sea propiamente ésa la denominación, ya que las concisas en Derecho español tienen una finalidad diferente. Se acepta el sistema de «arrastre de cargas», se eli-

minan de la publicidad los derechos personales y la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y espesión (art. 101). Igualmente se acepta la técnica del precio aplazado, su constancia registral y su falta de eficacia salvo cuando al impago se le da el carácter de condición explícita con los requisitos que establece el artículo 89.

Tres artículos señalan los efectos de omisión de circunstancias y requisitos en documentos y en inscripciones: el 61, referido a los documentos inscribibles; el 63, imponiendo responsabilidades al Notario autorizante, y el 100, que declara defectuosos (no nulos) los asientos en que se omita o se exprese con inexactitud sustancial las circunstancias que deben contener.

También se regulan las prohibiciones de disponer incidiendo en la tremenda trampa que la legislación española establece al equiparar las mismas establecidas por la ley a las limitaciones del dominio, que urbanísticamente al menos, exigen en la legislación española su constatación, según una disposición transitoria 13 de una ley que aún no ha sido derogada, por esa referencia genérica que hace la Constitución española a las «delimitaciones» de la propiedad (artículo 84 de la Ley de Puerto Rico).

Me gustaría entrar a fondo en la materia de las divisiones, segregaciones y agrupaciones, aparte de las agregaciones, pues recientemente se ha suscitado en la doctrina española y con motivo de una Resolución de 27 de febrero de 1978, la serie de problemas que plantea la distinción entre DIVISION y SEGREGACION y las consecuencias prácticas en orden a la petición de inscripción que ello provoca. Eso y la aplicación del tracto a las segregaciones y a la necesidad de la constatación de la descripción del resto de la finca, serían buenos temas para contrastar con la regulación un tanto tradicional de la Ley Puertorriqueña en sus artículos 85 y siguientes.

— *Anotaciones preventivas.*—Se parte de un asiento provisional cuya vida finaliza por la conversión en inscripción definitiva o por caducidad. Su regulación sigue la legislación española y merecería la pena de abordar alguno de los temas planteados: si la anotación de embargo es constitutiva, si la diferencia de regulación en caso de no figurar inscrita la finca embargada es más útil que la solu-

ción española, si la regla de preferencia que establece el artículo 117 es más lógica que la española referida únicamente a las anotaciones de embargo, la excesiva o minuciosa reglamentación de la anotación preventiva de créditos refaccionarios, etc.

— *Cancelaciones*.—Quizá esta materia exigiría un comentario más amplio, pues sobre ella inciden de una parte el llamado «consentimiento formal» tan puesto actualmente en tela de juicio por la monografía de ZUMALACÁRREGUI, el comentario crítico que hace de dicha monografía CÁMARA, mi recensión sobre el libro en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y esa nota crítica que se publica en la misma *Revista* por VÁZQUEZ BOTE. La verdad es que al filo de una Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de agosto de 1978 hice unos comentarios que podrían servir para una debida reflexión sobre el sistema de Puerto Rico que sustancialmente viene a ser el mismo que el español (con ligeras variantes como la del artículo 133, referente al consentimiento de cualquiera de los cónyuges para cancelar el gravamen hipotecario ganancial). La mecánica de la cancelación tiene formulación distinta que en Derecho español, pues si la finca o el derecho hipotecado se transfiere al acreedor hipotecario no se precisa la cancelación, sino que ésta se produce por confusión. Pequeños matices, que sólo sirven para desplazar problemas.

— *Notas marginales*.—Se regulan infinidad de ellas. Al margen de los asientos principales, al margen de anotaciones, cancelaciones y asientos de presentación y títulos que se expidan. Ello lleva consigo la posible clasificación de la doctrina al estilo español. Pero a mi entender, la novedad que ofrece el sistema es la de esa nota que debe hacerse constar al pie del título despachado, conforme al artículo 35, en la que debe hacerse constar la relación sucinta de cargas y gravámenes que afectan a la finca, lo cual supone convertir esa nota al pie del título en una verdadera certificación registral cuando para su expedición se exige, conforme al artículo 24, la solicitud escrita.

G. RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS Y PUBLICIDAD FORMAL

La primera materia está tratada en los artículos 150 y siguientes que se apartan de la ley española en su distinción entre errores materiales y de concepto, lo cual quiere decir que la misma sólo haga referencia somera a los errores sufridos al extender el asiento, delegando en el Reglamento la forma en que deben rectificarse.

En la materia de publicidad formal destaca esa anomalía de que hablábamos al referirnos a la nota al pie del título y al tiempo en que deben expedirse, pues se establece un plazo de treinta días, sin que se diga a partir de cuándo se comienza el cómputo. ¿Habrá que presentar la solicitud en el Diario? En el Derecho español el plazo es más corto: cuatro días por finca, lo cual, en muchos casos, es excesivo. También existen diferencias en cuanto a la clasificación, ya que se habla de certificaciones «parciales» (art. 24). No se regula la nota simple informativa del Derecho español tan útil a entidades bancarias de crédito. Se regula el valor de las certificaciones y se someten las mismas al requisito del cotejo.

Notas sobre la Ley número 198 Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico

Después de la amplia exposición que ha llevado a cabo mi compañero JOSÉ MARÍA CHICO, en relación a los aspectos comparativos entre la Ley Hipotecaria número 198 para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y las soluciones que dieron lugar a la Ley española de 1944, me toca, de forma muy sucinta, exponer algunas ideas sobre determinadas instituciones de la nueva ley.

La elección de estos aspectos se ha basado en dos criterios. Se comentan aquellos preceptos del proyecto de ley en los que se introducen algunas instituciones que resultan novedosas en el Derecho español y, algún otro, que por su importancia y trascendencia, en el momento actual, resulta de interés para cualquier jurista.

Dentro del primer grupo, vamos a hacer una breve exposición sobre el procedimiento de inscripción previsto en los artículos 52 y siguientes del Proyecto de Ley, sobre la reserva de prioridad que regulan los artículos 54 y 55 y sobre el tratamiento de las faltas que recogen los artículos 68 y concordantes de dicho proyecto.

Desde otro punto de vista y atendiendo a su extraordinaria aplicación en el mundo inmobiliario moderno, sobre todo en función de la constante multiplicación de titularidades dominicales, vamos a hacer una breve referencia al tratamiento que, tanto el proyecto de Ley del Estado Libre, como los distintos proyectos en marcha en nuestro país, están dando a lo que en la frase de SOPENA, vienen a denominarse propiedades horizontales tumbadas, que, en determinados supuestos prácticos inscritos en los Registros de la Propiedad españoles se denominan complejos inmobiliarios de dominio, y en los actuales estudios legislativos españoles conjuntos urbanos o conjuntos inmobiliarios.

Estos comentarios no tienen otro valor que el de unas meras notas personales, tomadas con cierto apresuramiento, dado el escaso tiempo que quien os habla ha tenido para estudiar los problemas apuntados, pero en los que se ha procurado verter todo esfuerzo de conocimiento y de imaginación que un proyecto de ley, como el número 198, ha de inspirar a un Registrador español consciente de la gran tarea realizada por los Registradores de Puerto Rico y de la necesidad de que nuestras tradiciones y sólidos principios hipotecarios se adapten a un mundo moderno y dinámico.

Tanto a JOSÉ MARÍA CHICO como a mí, nos hubiera gustado tocar con la máxima profundidad temas como el de la mecanización de los Registros de la Propiedad, el de la adaptación del Registro y del Catastro, y el problema genérico que el urbanismo supone en relación con el Registro de la Propiedad. Sin embargo, en tanto que estas cuestiones, concretamente la primera, ha sido ya apuntada en el proyecto de ley, y que las dos restantes van a ser objeto de múltiples ponencias en el próximo Congreso Internacional en México, Distrito Federal, en el próximo diciembre, creemos más oportuno centrar la cuestión en los problemas anteriormente aludidos. Desde este punto de vista, vamos a exponer algunas breves ideas sobre las cuestiones a que se ha hecho referencia.

I. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL EN LA LEY NÚMERO 198

El Título VI de la Ley número 198 recoge el procedimiento de registración bajo una fórmula que, en determinados supuestos, se ajusta casi de forma literal a la Ley de 1893, coincidente con nuestro ley vigente. Por ejemplo: la legitimación para el ejercicio del derecho de rogación registral, artículos 48, 49 y 50, fecha de la inscripción en relación con el asiento, artículo 43, y preferencia entre dos o más inscripciones por razón del tiempo de presentación en el diario.

Sin embargo, se aparta del sistema hipotecario español en algunos aspectos que han de considerarse fundamentales. De dos de ellos nos vamos a ocupar a continuación, al hablar de la reserva de prioridad y de la calificación de las faltas. El otro constituirá objeto de este apartado.

Las dos diferencias fundamentales entre la nueva ley puertorriqueña y la Ley de 1944 se centran, a mi juicio, en el distinto régimen de caducidad del asiento de presentación y en la necesidad de radicación del escrito en el que se solicite la recalificación a que se refiere el artículo 70 y que en la terminología española viene a coincidir con el llamado recurso de reposición en el campo del Derecho procedimental administrativo.

A. *Sobre la caducidad del asiento de presentación*

Según el artículo 52, el asiento de presentación practicado en el Diario caducará a los sesenta días, a partir de la notificación por defecto del documento presentado. Criterio que ratifica el artículo 69, párrafo tercero, al señalar que de no ser subsanado el defecto y expirado el plazo de sesenta días, el Registrador de la Propiedad extenderá la nota de caducidad en el asiento de presentación. La primera consecuencia de ambos preceptos es básico: es el Registrador quien determina la vigencia del asiento de presentación del título carente de defectos. No cabe duda de que esta norma implica, respecto de la legislación hipotecaria española, una alteración sustancial en el sistema.

El asiento de representación constituye el eje medular del principio de prioridad y la manifestación característica de la diligencia del titular del derecho en la obtención de la protección de la apariencia que surge de la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad. En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, precisamente al tratar de las faltas subsanables e insubsanables cuando dice al referirse a la calificación registral

que, «sería injusto, en caso de ser equivocada su apreciación, que se señalare perjuicio al que fue, oportunamente, a inscribir un título válido».

El asiento de presentación es esencialmente provisional, puesto que constituye el momento axial de la protección previsoría del Registro hasta el momento en que se produce la calificación del Registrador y la práctica del asiento definitivo.

Este punto de vista ha sido recogido unánimemente por la doctrina, desde el momento mismo de la aparición de la Ley Hipotecaria, cuyas únicas correcciones han consistido en ampliar su vigencia inicial de treinta días, hasta ciento ochenta días más, en supuestos excepcionales. La dicción de los artículos antes citados constituye una alteración profunda y seria del sistema. En efecto, si se sigue este criterio, se posibilita que el título inscribible carente de defectos pueda permanecer presentado y, por tanto, carente de inscripción tanto tiempo como el Registrador de la Propiedad quiera, si bien es cierto que incumpliendo un deber personal como el de despachar dentro de los sesenta días.

La consecuencia, desde el punto de vista registral, es muy grave; piénsese que el título presentado carece de calificación y que, no obstante ello, provoca el cierre registral o la preferencia de rango respecto de otros títulos posteriores. La pregunta es clara: ¿cómo un título carente de calificación y cuyos efectos no han sido apreciados aún por el Registrador puede, de forma ilimitada en el tiempo, condicionar el acceso al Registro o los derechos concedidos al titular inscrito, respecto de títulos posteriores, si no se señala un plazo de caducidad al propio asiento de presentación?

El plazo de caducidad resulta inevitablemente necesario. De una parte, para responsabilizar al Registrador de la Propiedad, en caso de que por negligencia caduque el asiento, sin haber practicado, respecto al mismo, las operaciones pretendidas o sin haber señalado oportunamente los defectos impositivos de la registración. De otra, para cumplir el principio de seguridad del tráfico y del conocimiento exacto por parte de quien accede a la publicidad hipotecaria, de la extensión temporal de la protección del Registro respecto de títulos anteriores.

Desde este punto de vista, el Proyecto de Ley número 198 ha introducido, a nuestro juicio, una modificación perturbadora en el sistema. Si el Registro de la Propiedad gira sobre el principio fundamental de que la publicidad del Registro da protección, en términos generales, a quien trayendo causa de un titular inscrito accede al Registro con carácter previo al derecho incompatible o de mejor rango, no se puede mantener un sistema de publicidad previsoría como es la del asiento de presentación si no se sujeta a un plazo tasado de eficacia que pueda ser perfectamente conocido por el tercero. El tema está íntimamente rela-

cionado con lo que va a ser objeto de exposición posterior al referirnos a las faltas subsanables e insubsanables.

B. *Sobre la radicación del escrito de recalificación*

Constituye el contenido del artículo 70 de la Ley 198 otra novedad respecto del procedimiento registral previsto en nuestra tradicional legislación hipotecaria. Consiste en la necesaria interposición del recurso de reposición con carácter previo al recurso gubernativo contra la calificación registral. Se admite tanto para el caso de negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir como en aquel supuesto en el que la inscripción del título no se extiende a la totalidad de su contenido, según parece resultar del artículo 76, cuyo párrafo segundo admite el recurso gubernativo cuando el Registrador se negase a reconocer en el asiento, cuando le sea solicitado, todo el valor y efecto legal del título.

No conocemos exactamente la finalidad pretendida por el legislador al introducir el previo y necesario recurso de reposición. En la legislación española se trata de una figura que pretende normalmente conseguir cierta economía de procedimiento cuando, como es lo normal, se le confiere carácter potestativo o agotar la vía administrativa cuando el acto de que se trate no admite, dentro de esta misma vía, la posibilidad de alzada, sino que es necesario acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, a la decisión judicial competente cuando se trata de la impugnación de actos de la Administración o, en general, de la rama ejecutiva del Estado.

Sin embargo, en el campo concreto del procedimiento registral ni se admite en la Ley 198 la recalificación como decisión a que puede acudir potestativamente el interesado, ni existe esa doble vía gubernativa y contenciosa que justifique la necesidad de agotar la primera antes de acudir a la segunda.

A nuestro juicio, el procedimiento de recalificación puede constituir una dilación en el lento proceso registral que apunta la Ley 198. No obstante, en la imposibilidad de conocer cuál ha sido su finalidad concreta y, en la medida en que se trata de un aspecto de puro procedimiento, que puede tener su origen en la necesidad de descargar el trabajo del Tribunal Supremo, órgano *ad quem* y único competente para resolver el recurso gubernativo, no nos sentimos capacitados para hacer un examen crítico del trámite que se comenta.

Sin embargo, sí estimamos criticable el último párrafo del artículo 71 en cuanto impone, en todo caso, la anotación preventiva por defecto, como más tarde vamos a exponer al hablar de la subsanabilidad de las faltas.

II. SOBRE LA RESERVA DE PRIORIDAD

La reserva de prioridad, típica institución del Derecho registral, constituye una aspiración plasmada en el III Congreso Internacional de Derecho Registral. Esto es incuestionable. En este sentido, la Ley número 198 recoge esta institución dentro de los artículos 54 y 55 mediante un procedimiento novedoso en el sistema hipotecario español, no carente, sin embargo, de antecedentes como pone de relieve HERNÁNDEZ CRESPO, en su conocida comunicación al III Congreso, al citar el proyecto aprobado por el Senado español el 27 de junio de 1908, que no llegó a tener vigor legal y en el que se establecía la posibilidad de cierre registral mediante solicitud del titular del dominio o del derecho real inscrito.

No es necesario tampoco insistir en las mismas manifestaciones de la reserva de prioridad dentro del sistema argentino, basado en principios bastante diferentes del español, ni en las figuras que, dentro de la Ley Hipotecaria española y por analogía de sus efectos señalan los autores, de entre los que cabe citar los contenidos en los artículos 15, 45 y 49 de la Ley Hipotecaria española y en los artículos 103, 198 y 420 del Reglamento Hipotecario.

Ahora bien, en estos casos, no se trata propiamente de reservas de prioridad para negocios futuros, sino de titularidades interinas o preventivas inscritas, en la terminología utilizada últimamente, a partir del ingente trabajo de don FEDERICO DE CASTRO.

El sistema que preconiza la Ley número 198 consiste en establecer la posibilidad de preferencia y rango hipotecario para el negocio futuro, siempre que por el Notario autorizante del mismo se notifique al Registrador de la Propiedad la intención de llevarlo a efecto y de presentarlo en el Diario en el plazo preclusivo de diez a veinticinco días, respectivamente, a partir de la fecha de la presentación de la solicitud. Para ello, es necesario que por parte del fedatario se haga constar el consentimiento del titular registral y el señalamiento de las partes que hayan de intervenir en el futuro negocio.

Ahora bien, el viejo problema subsiste. En el Derecho argentino la reserva de prioridad produce efectos de carácter esencialmente formal; no es necesario insistir en distinción tradicional en los autores de este país de las decisiones jurídicas en sede registral y en sede judicial, terminología que en definitiva viene a envolver la carencia de efectos sustantivos del Registro argentino. En definitiva, la preferencia entre los títulos no resulta decidida por un principio de publicidad positiva, basado en la prioridad registral, sino en la decisión judicial apoyada en un criterio de presunciones *iuris tantum* resultante de los asientos.

Por el contrario, el sistema latino que se desarrolla en Puerto Rico y en España implica la admisión del sistema de publicidad positiva y, por tanto, el principio general de inatacabilidad de la titularidad inscrita en determinados supuestos como una superposición al sistema civil de adquisición extrarregistral. Cuando se produce la tercera protegida no cabe distinguir entre la preferencia en sede judicial y la preferencia en sede registral. En la dicotomía entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral, el principio de fe pública impone siempre la prevalencia de la primera, salvo los supuestos que taxativamente señala la ley. Por ello, el régimen de preferencia entre los títulos ha de mantener siempre un exquisito equilibrio entre la preferencia civil resultante de su fecha y el juego de la doble apariencia que puede concurrir sobre el derecho que del mismo dimana, es decir, la resultante del Registro y la resultante de la posesión.

En este sentido, las reservas de prioridad en el sistema español de inscripción han de ser objeto de un tratamiento mucho más aquilatado que, en aquellos otros como el francés o el argentino, en que los efectos hipotecarios se encuentran claramente debilitados.

No olvidemos que con el sistema de reservas de prioridad, el título futuro, es decir, el negocio aún carente de existencia puede gozar de preferencia respecto de títulos anteriores perfectos y válidos en el plano civil.

Qué duda cabe que la titularidad carente de plenitud, es decir, la titularidad interina o preventiva puede ser objeto de plena protección registral, pero como antes advertimos, solamente en aquellos supuestos en que la ley tajantemente lo establece y con los efectos que, en cada caso, se señalen.

En el negocio futuro a que se refiere la solicitud del artículo 54 de la Ley 198, no estamos ante una titularidad interina que pueda ser sustituida en el ejercicio del derecho por una titularidad preventiva nacida de un negocio jurídico perfecto. Lo que se prevé para el futuro no es una conversión en la titularidad del derecho ya nacido, sino la existencia del propio negocio jurídico del que va a dimanar dicha titularidad.

Tomamos como ejemplo típico de distinción el derecho de opción, que es quizá la figura jurídica que más se aproxima a lo que estamos tratando.

En efecto, mediante la constitución de la opción, el titular del derecho inscrito legitimado registralmente para la disposición del mismo, confiere al optante la facultad de adquisición por tiempo tasado y en condiciones perfectamente conocibles para el tercero.

¿Cuáles son sus efectos? Dentro del campo del Derecho español

la discusión está abierta. Evidentemente, la inscripción del derecho no supone el cierre registral para otros actos dispositivos que pueda llevar a cabo el concedente de la operación, y mucho menos para la vinculación forzosa a través de anotaciones de embargo, prohibiciones de enajenar, secuestro o demanda provenientes de expedientes judiciales.

Ahora bien, ejercitado su derecho por el optante; ¿implica la inscripción del mismo la cancelación de oficio de los derechos posteriores a la inscripción de la opción? Habiéndose llevado a efecto actos dispositivos por el concedente e inscritos dichos actos, ¿quién está legitimado para el otorgamiento del contrato, del cual la opción consituyó acto preparatorio? ¿El concedente de la opción? ¿El nuevo titular del derecho resultante del acto dispositivo llevado a cabo por el concedente con posterioridad al acto preparatorio? Graves cuestiones que el Derecho positivo no ha resuelto.

Evidentemente, cabe construir la opción como un contrato respecto del cual surge una titularidad preventiva, cuya plenitud se alcanzará mediante el cumplimiento de una condición puramente potestativa, la voluntad del optante, en cuyo supuesto jugaría una solución similar a la establecida para las hipotecas sobre bienes sujetos a condición resolutoria, criterio que parece ser el admitido por la Ley 198, en el artículo 103.

Pero también cabe considerar el supuesto como una mera preferencia funcional respecto de la cual no juega el principio de fe pública. Es el sistema seguido por el Derecho suizo en relación con los gravámenes posteriores a la inscripción de la opción. En efecto, el optante, en el momento del ejercicio de la opción, está obligado a consignar a favor de los titulares de dichos gravámenes la parte de precio necesaria para su pago, deduciéndola de la que conforme al precontrato inscrito habría de entregarse al concedente.

Por otra parte, el Derecho español tampoco lo ha resuelto, si la atribución de la reserva respecto de tales gravámenes ha de realizarse de oficio o ha de exigirse por la vía judicial el consentimiento del titular activo de los mismos, o el auto correspondiente cuando su origen se sitúe en el ámbito de las decisiones judiciales.

Estamos, evidentemente, ante un derecho en formación carente de la necesaria institucionalización y paralelo en su grado de desenvolvimiento al derecho de retorno arrendaticio, a las afecciones reales en materia de urbanismo y a tantas y tantas figuras, a las que la capacidad imaginativa del jurista latino está dando entrada en los libros registrales.

Pero la pregunta es otra. Si respecto del derecho de opción, respecto del cual se ha perfeccionado un título suficientemente, en el que han confluído las voluntades concordantes de concedente y optante, que ha

sido calificado por el Registrador de la Propiedad en base a unas exigencias taxativas de la ley, y que ha dado lugar a un asiento específico en los libros principales del Registro, se planteen estas dudas, que no olvidemos ha resuelto el artículo 103 de la Ley 198 del Estado Libre Asociado, ¿qué planteará una reserva de prioridad como la de los artículos 54 y 55 de dicha ley?

La solicitud de reserva de prioridad no constituye un negocio jurídico, ni siquiera un precontrato en la terminología clásica; todo lo más implica una oferta de contrato manifestado ante Notario público y carente de aceptación. Y, sin embargo, una vez presentado y sin que todavía pueda ser objeto de calificación el título que corresponda, puede determinar el cierre registral del título incompatible o la preferencia de rango del derecho de futura formación y que ha sido objeto de la voluntad dispositiva unilateral del titular inscrito.

Del examen de los artículos 54 y 55 parece deducirse que, cumplidos los requisitos señalados por el primero de ellos, y en cuanto que se entiende como fecha de presentación del título, cuya prioridad se reserva, la del asiento de presentación de la solicitud, el juego del artículo 56, párrafo segundo, es decir, del principio de prioridad en sus más graves efectos, va a verse sobre la simple solicitud.

Realmente, es difícil aquilatar hasta qué punto una institución de este tipo rompe plenamente no ya con el sistema hipotecario de preferencia, que evidentemente nace de la apariencia artificial que implica la registración, sino con el principio civil de inoponibilidad del derecho no nacido, ni siquiera en su cualidad de titularidad preventiva, respecto del derecho resultante de un contrato perfeccionado.

En este sentido, si se pone en relación la doctrina contenida en los artículos 54 y 55 con las dudas que suscita el sistema de no caducidad del asiento de presentación, la cuestión puede ser aún más difícil. Pensemos en una solicitud de reserva de prioridad que da lugar a la presentación efectiva de un título defectuoso y que se mantiene pendiente de calificación durante largo plazo, coincidente con la presentación de un título válido y perfecto otorgado con anterioridad a la solicitud de la reserva y presentado con posterioridad a dicha solicitud y con anterioridad a la del título correspondiente a la misma. ¿Cuál será el criterio sobre preferencia civil que acepte el Tribunal juzgador, cuando se plantee la cuestión prácticamente inevitable sobre la validez del asiento? Parece muy fuerte mantener la aplicación del principio de fe pública en estos casos, y no hay que olvidar que, como anteriormente se ha señalado por mi compañero JOSÉ MARÍA CHICO, el simple principio de inoponibilidad no aparece tampoco muy claro en la Ley número 198.

Desde otro punto de vista, ¿qué ocurrirá si la solicitud no se pre-

senta, ni se rechaza por incumplimiento del deber de presentación que incumbe al Registrador de la Propiedad? El título posterior, consecuencia de la solicitud, ¿de qué preferencia va a gozar?

Mucho nos tememos que la reserva de prioridad, tal como se configura en la Ley 198, constituya una grave perturbación del sistema, que quizá podría obviarse por la vía de una mayor claridad en el señalamiento de sus efectos, respecto de los diferentes títulos que puedan entrar en colisión con el que es resultado de la solicitud.

A estos efectos, podría perfectamente pensarse, o bien es una fórmula sustantiva similar a la que recoge la legislación hipotecaria española respecto de la preferencia de los créditos anotados respecto de los títulos anteriores posteriormente inscritos, o en una fórmula procedimental de carácter interdictal que supusiera la preferencia momentánea del título con prioridad reservada; o bien, en una fórmula de preferencia aquilatada por confluencia de una doble apariencia, como la que resulta de la contradicción entre la protección registral y la posesoria, similar a la señalada en el artículo 107, paralelo del 36 de nuestra ley, o en una fórmula combinada más amplia y delimitada que la simple dicción del inciso central del artículo 55 de la Ley número 198.

III. SOBRE LAS FALTAS

Constituye una nueva modalidad de tratamiento de los vicios, el establecido en el artículo 68 de la Ley 198. Aquí, sin embargo, no cabe decir que la Ley Hipotecaria del Estado Libre Asociado se aparte excesivamente del viejo sistema español. Tampoco en la Ley Hipotecaria aparece clara una distinción entre las faltas subsanables e insubsanables que constituye un auténtico quebradero de cabeza para todos, la doctrina prácticamente a partir de 1861. Las posiciones son tantas como los autores. Sin embargo, lo cierto es que tal tratamiento que la Ley 198 hace de los vicios en el título, parece que todas las faltas tienen el carácter de subsanables, puesto que todas pueden dar lugar a anotación preventiva.

Desde el punto de vista estrictamente personal y muy discutido, como señalaba mi compañero JOSÉ MARÍA CHICO, podemos preguntar: ¿Qué es la falta? Como ya he tenido ocasión de discutir en innumerables ocasiones, y como queda reflejado en el artículo a que se ha hecho alusión, la falta —que no el vicio—, constituye el impedimento para la registración de un título respecto del cual se solicite la inscripción.

En efecto, aquí no hablamos del principio de legalidad, hablamos del principio de publicidad. Lo que preocupa al legislador no es el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos defectuosos, cuestión

ya decidida por la calificación negativa del Registrador de la Propiedad, sino el no acceso ni aun provisional de ese título cuando cabe la posibilidad de una publicidad provisoria, deseada por la ley, en cuantas ocasiones sea posible.

No hay que olvidar que los autores han puesto el acento, y lo mismo parece hacer el artículo 68 de la ley que comentamos, en que las faltas pueden originarse tanto en los efectos extrínsecos del documento, como en los que afecten a la validez del título en sentido material, o en las que se originen de obstáculos registrales o de prohibiciones legales.

Pero también es cierto que ha resultado imposible establecer un paralelismo entre las figuras civiles de la ratificación, la convalidación, la conversión, la confirmación o la perfección con la típica figura hipotecaria de la subsanación.

Dentro de este criterio, el que os habla, y hago exclusión de las opiniones de tantos autores de mucho más valor que yo, ha tratado de encontrar el fundamento de la distinción desde el punto de vista diferente.

Mientras el Reglamento de 1915 señalaba «que para tomar la anotación preventiva, atenderá el Registrador de la Propiedad al contenido, forma y solemnidad del título y a los asientos del Registro con lo relacionado», criterio que mantiene el artículo 65 vigente de la Ley de 1944, la Ley Hipotecaria de 1884 decía que «serían subsanables las faltas que afecten a la validez del título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación», palabra esta última que sustituyó al proyecto de ley, en donde se decía: «sin que se produzca necesariamente la nulidad de la inscripción».

Esta dicción legal tiene fundamental importancia para los autores de 1861. Lo verdaderamente importante consistía, no en que el título estuviera afectado por uno u otro tipo de vicios en el ámbito civil, sino que la inscripción, traducción registral del derecho, pudiese practicarse aún con carácter provisional y sin que se viera afectada de una radical ineficacia.

Si desde otro punto de vista contemplamos el procedimiento registral español, resulta que la calificación registral constituye un juicio de ámbito amplio similar al que preconiza la Ley 198, cuyo resultado negativo puede dar lugar a un recurso.

Sin embargo, admitida la existencia de una falta, el juicio del Registrador sobre su carácter de subsanable e insubsanable, no puede ser objeto de recurso; constituye una decisión inapelable. Ello es lógico; el juicio calificador decide si el documento debe o no tener acceso al Registro en la forma pretendida por el que solicita la inscripción. El juicio sobre el carácter subsanable o insubsanable de la falta, debe decidir si

el documento defectuoso puede alcanzar una publicidad provisional, y para ello, lo importante no es determinar el grado de ineficacia civil, sino tener en cuenta si se cumplen los elementos básicos de existencia del negocio y de posibilidad de aplicación de los principios hipotecarios.

Por ello, la Ley Hipotecaria española cierra el paso al documento con carácter de insubsanable en dos supuestos característicos: cuando se rompe el principio de prioridad. Frente al documento incompatible o de mejor rango no hay defectos subsanables. Cuando se rompe el principio de tracto sucesivo. No cabe la posibilidad de publicidad provisional cuando el acto dispositivo proviene de un *de cuius* carente de legitimación para disponer. Sobre estos dos principios típicamente personales juega la publicidad registral. Cabe pensar en un sistema hipotecario que no se lleve por folio real. Sin embargo, la preferencia y el tracto son esenciales a cualquier sistema de desenvolvimiento técnico. Si se observa la cuestión desde otro punto de vista distinto, resulta la posibilidad de un título válido plenamente que no puede acceder al Registro por imposibilidad de identificación, de la finca sobre la que recae del derecho que sobre la misma se constituye o transmite, o del titular de quien proviene, o de aquel a quien se atribuye. Dicho en otros términos, el título válido que no cumple con el principio de especialidad puede no contener ningún vicio civil y, sin embargo, adolece de una falta insubsanable. Por el contrario, el título afectado de un grado de ineficacia prácticamente plena, con tal de que exista, adolece de una falta subsanable. Pensemos en la enajenación sin representación, ratificable en el plano civil.

Un último punto puede determinar la insubsanabilidad. La publicidad previsoría determinada por la anotación preventiva puede ser posible, pero perturbadora. Es el supuesto de la nulidad en sentido estricto, es decir, la ineficacia plena dimanante de la prohibición legal, es decir, el ilícito civil o penal. Desde este peculiar punto de vista, es evidente:

- Que la falta constituye una institución típicamente hipotecaria o registral, criterio que no resulta claro ni de la ley puertorriqueña ni de la española.
- Que existe una necesaria distinción entre la falta subsanable e insubsanable, cuestión que no recoge con claridad la Ley 198, a pesar de expresiones como «se denegará» o «se rechazará de plano».
- Que lo característico de la falta insubsanable es la imposibilidad de publicidad provisional una vez producida la calificación negativa.

- Que ese juicio del Registrador sobre la publicidad provisional del título afecta a este principio en íntima relación con la prioridad y no tanto al principio de legalidad en el que se mueve la labor calificadora del Registrador de la Propiedad.

Este criterio que no aparece totalmente claro en ningún precepto de la legislación española, salvo en los artículos 17 y 20, referidos a la prioridad y al tracto, tiene, sin embargo, una manifestación característica en la Ley 198, cuando se contempla directamente el principio de especialidad de su artículo 126. En efecto, «la anotación preventiva se entenderá defectuosa cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca sobre el derecho que recae de la persona a quien afecte la anotación, de la naturaleza del derecho que se anota o de la fecha del asiento practicado».

Con estos tres aspectos, creemos, dentro de la modestia que supone el acceder a una ley muy aquilatada y estudiada, que el comentario hecho en el ámbito del principio de prioridad puede resultar útil para la interpretación de los preceptos relativos al procedimiento registral, a la reserva de prioridad y al ámbito de los defectos subsanables e insubsanables.

IV. SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE CONJUNTOS INMOBILIARIOS

Nos encontramos ante un supuesto que ni la Ley Hipotecaria vigente en España, ni la Ley 198, recogen con nitidez y claridad. Es cierto que esta última, en el artículo 86, párrafo tercero, admite la posibilidad de unión al edificio construido en Propiedad Horizontal de fincas no colindantes para que en calidad de elementos comunes o anejos inseparables presten servicios a aquél con la calificación de elementos comunes voluntarios.

En realidad, nos encontramos ante un fenómeno nacido directamente de los usos urbanos bajo tipología de edificación abierta o de edificación cerrada en sistemas de manzana, cuya traducción registral no ha sido objeto aún de un tratamiento verdaderamente eficaz.

El sistema de atribución *propter rem* de los inmuebles a quien resulte titular de otros distintos, es técnica que evidentemente se da de forma clara en la Propiedad Horizontal y responde al viejo sistema de la servidumbre predial, pero no ha sido aplicado aún, a lo que en términos generales se denomina urbanización o conjunto inmobiliario, en el sentido que recoge el párrafo primero de la proposición de la Comisión Segunda del III Congreso Internacional de Derecho Registral.

En Derecho civil moderno, la organización de los conjuntos urbanos con distinción de elementos comunes y de elementos sujetos a titularidad exclusiva y excluyente, o incluso la relación predial entre fincas diferentes sin atribución de elementos comunes, pero cuyo respectivo derecho de propiedad se encuentre sometido a una especial configuración, o a un régimen común de limitaciones o de obligaciones, carece de regulación.

Es cierto que las distintas legislaciones urbanísticas prevén un mayor o menor grado de intervención administrativa en la organización de lo que pudiéramos llamar núcleos urbanos de nueva formación, bien a través del control normativo del equipamiento necesario, bien a través de la conservación de dicho equipamiento.

Sin embargo, lo cierto es que el tejido urbano constituye una manifestación fáctica que no puede quedar sujeta de forma bipolar a un conjunto de normas de Derecho público de carácter típicamente controlador y, al mismo tiempo, a un conjunto de normas privatísticas pensadas para organizaciones sociales esencialmente agrarias y para una economía en la que la vivienda no constituía el centro de atención primordial del civilista.

La situación se ha modificado radicalmente y el tejido urbano constituye nuestro entorno habitual y su máxima calidad dependerá, en gran medida, de una adecuada conjunción de las técnicas iuspublicistas e iusprivatistas.

Ante este fenómeno, y en breve espacio de tiempo de que disponemos, solamente quiero mantener una serie de principios que, en los presentes instantes, está siendo objeto de atención directa por el ejecutivo español. Tales principios son los siguientes:

a) Es necesario llegar a plasmar en un texto y con plena concordancia con los principios inspiradores de nuestro Registro, un adecuado sistema de inscripción que recogiendo lo que en frase de JOSÉ LUIS LASO constituye la constante penetración del Derecho público en el ámbito de la titularidad privada, implique la extensión de la publicidad libraria, tanto a los intereses meramente individuales del titular dominical de los elementos urbanos como a la protección de los intereses comunitarios de los distintos integrantes del núcleo urbano como de los intereses públicos de prioritaria aplicación.

b) Es necesario llegar a una perfecta clarificación civil de la tradicional distinción entre el dominio público y el dominio privado para llegar a fórmulas mixtas que permitan el mantenimiento del primero y la atribución, respecto del mismo, de obligaciones *popter rem* a los titulares de los edificios, espacios o superficies de dominio privado que

prioritariamente viniese de la existencia de los elementos de equipamiento.

c) Es indispensable extender los efectos de la titularidad múltiple conectada por la vía de la mutua limitación no solamente de edificios propiamente dichos, sino a todo tipo de conjuntos inmobiliarios cuyas características físicas son cada vez más originales y cuyo desenvolvimiento futuro puede dar lugar a una necesaria distinción entre elementos sobre y bajo la rasante del terreno propiamente dicho, de espacios aéreos edificables o de conexión física entre viales y equipamiento, de una parte, y de otra, de elementos físicos susceptibles de aprovechamiento privado de naturaleza y características muy distintas de las que en estos momentos conocemos.

d) Es imprescindible, además, resolver la gran cuestión de la atribución a estas comunidades forzosas, o bien de un sistema de atribución de derechos y deberes que implique un cierto grado de personificación u optar por la atribución de una personalidad limitada a sus órganos de gobierno, resolviendo tanto en uno como en otro caso, de forma clara y precisa, el sistema de responsabilidad de los comuneros frente a las obligaciones contraídas respecto de terceros.

e) Es, por último, incuestionable la necesidad de que el Registro de la Propiedad, en todos aquellos aspectos que puedan incidir en el régimen de la titularidad de los bienes afectados, pueda cubrir con su publicidad específica las soluciones que el Derecho civil suministre para los problemas apuntados. Aunque la Ley Hipotecaria puertorriqueña alude, como hemos dicho antes, a la posibilidad de atribución *propter rem*, la realidad es que no contemplamos, ni siquiera de forma genérica, la posibilidad de adaptación de su sistema a los problemas generales apuntados. Esto, que en la Ley Hipotecaria española, que data de hace treinta años, es comprensible, creemos que en 1980 debía haber sido objeto de un tratamiento más extenso y profundo.

Estas últimas notas, que como veis se basan más en un buen deseo que en una aportación efectiva, no tienen otra intención que suscitar vuestra curiosidad para, entre todos, poder aportar al futuro Congreso Registral de México soluciones de los problemas que, al menos, a los Registradores españoles nos preocupan profundamente.

JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ y RAFAEL ARNAIZ EGUREN

Registradores de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO y
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. NO HAY OBSTÁCULO LEGAL QUE IMPIDA EL QUE, A TRAVÉS DEL CORRESPONDIENTE PACTO, LOS PROPIETARIOS DE DIVERSOS INMUEBLES PUEDAN CONSTITUIR UN CONDOMINIO ROMANO SOBRE LA TOTALIDAD DE LOS MISMOS Y QUE A LA VEZ SE LLEVE A EFECTO EL INDISPENSABLE NEGOCIO QUE AGRUPE ESTAS FINCAS EN UNA SOLA E INDEPENDIENTE. EN LA ESCRITURA CALIFICADA SE CONSIDERA CONSTITUIDO EN TODOS SUS ELEMENTOS EL REFERIDO NEGOCIO DE CREACIÓN DE CONDOMINIO Y AGRUPACIÓN Y ESTRUCTURADO EN SU BASE, TANTO FÍSICA COMO JURÍDICA, AL ESTABLECERSE LA PROINDIVISIÓN EN PROPORCIÓN IDEAL AL VALOR DE LAS AGRUPADAS.

Resolución de 16 de mayo de 1979 (B. O. del E. de 30 de junio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Benigánim el día 6 de agosto de 1976 ante su Notario don Antonio Yago Ortega, don José Tortosa Cambra y don José Valls Tortosa, con el consentimiento de sus respectivas esposas, agruparon dos fincas colindantes de su respectiva propiedad, como gananciales de su matrimonio, sitas en término de

Bellus, solicitando la inscripción de la finca resultante, que pertenece en pleno dominio, y con carácter ganancial, a don José Tortosa Cambra en dos quintas partes indivisas, y a don José Valls Tortosa, con el mismo carácter, en tres quintas partes indivisas; y acto seguido, en la misma escritura, los dos comparecientes citados, junto con otros, fundan una Sociedad limitada a la que aportan la finca resultante.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Játiva —del que se retiró posteriormente para su presentación en el Registro Mercantil de Valencia en el que se inscribió la constitución de la Sociedad— fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en cuanto a la agrupación de fincas, único acto del que se solicita operación, por los siguientes defectos:

1. Efectuarse la agrupación respecto de fincas de dueños distintos, en contra de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 44 del Reglamento, en relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

2. Establecerse mediante la simple afirmación de actual pertenencia y partiendo de la base de propiedades individuales y diferentes una situación de proindivisión sobre la finca resultante, sin articulación de contrato alguno oneroso o gratuito que sirva de causa y justifique la sustancial modificación de titularidad dominical que se atribuye. Ambos defectos se estiman insubsanables, extendiéndose esta nota a expresa petición del presentante».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación y alegó: que, respecto al primero de los defectos consignados en la nota recurrida no existe infracción de los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 del Reglamento Hipotecario por cuanto la expresión, «siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso», que utiliza el último precepto citado, ha de referirse no a las fincas que son objeto de agrupación, sino a la finca resultante; que de los artículos 348 del Código Civil, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria, se desprende la facultad de cualquier propietario para agrupar su finca a la de otro; que con la interpretación dada al artículo 44 del Reglamento Hipotecario por el funcionario calificador se obliga a las partes a una transmisión de participaciones indivisas sobre sus respectivas fincas mediante permuta, compraventa, donación, etc, lo que no responde ni a la voluntad de aquéllas ni a la realidad de los hechos ni a las exigencias del ordenamiento jurídico; que, respecto al segundo de los defectos alegados en la nota recurrida, la situación de proindivisión sobre la finca resultante no se establece mediante la simple afirmación de actual pertenencia, sino a través de un contrato cuyo objeto fue el establecimiento de una comunidad de bienes; que si bien a este contrato no se le designa específicamente, su existencia y celebración resultan de la escritura calificada; que, con independencia del carácter traslativo o no de las modificaciones de entidades hipotecarias, y en concreto de la agrupación, ésta puede instrumentar y servir de vehículo a un negocio sustantivo de modificación de titularidad de fincas; que, constituyéndose en la misma escritura de agrupación una Sociedad limitada a la que se aporta inmediatamente la finca resultante de la agrupación, el tiempo en que los agrupantes infringen supuestamente el artículo 44 del Reglamento Hipotecario es prácticamente inexistente, por lo que,

aun no estando el Registrador obligado a atender a esta consideración, bien podría desde un punto de vista práctico tenerla en cuenta.

El Registrador informó: Que desde un punto de vista legal, el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 44, exige que las fincas a agrupar pertenezcan a un dueño o a varios proindiviso; que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1910 y 28 de septiembre de 1927 parecen presuponer tal requisito; que si bien la de 21 de febrero de 1923 permitió agrupar fincas parafernales con una de carácter ganancial, lo hizo por las especiales circunstancias del caso concreto; que desde un ángulo doctrinal impera como criterio más generalizado el de la necesidad de unidad de dominio o de proindivisión; que, por lo que se refiere al segundo punto de la nota, la transmutación de propiedades individuales en un condominio requiere un contrato (art. 609 del Código Civil) que debe quedar claro y suficientemente articulado en el documento inscribible (dado el fin de publicidad que persigue la inscripción) teniendo en cuenta que no se trata de demostrar *a posteriori* o por presunciones ante un órgano jurisdiccional los presupuestos de un negocio, sino de reflejar en un Registro Público el contenido de un documento y según precisamente tal documento; que precisamente lo que se echa en falta es el negocio o contrato que produce la comunicación de bienes; que la afirmación del recurrente de que a efectos prácticos la posible infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario es de poca trascendencia por su momentánea vigencia, dado que la finca agrupada se aporta a la Sociedad inmediatamente, no constituye un argumento jurídico, pudo tener una mayor vigencia temporal y, desde luego, agrupación y aportación social son actos autónomos y por lo tanto no involucrables.

El Presidente de la Audiencia confirmó en todos sus términos la nota del Registrador por cuanto en la escritura calificada no se hace referencia alguna al negocio jurídico subyacente que origina la agrupación, con lo que se vulnera el artículo 6 del Código Civil al llegarse a un fin —la agrupación—, soslayando los caminos que el ordenamiento jurídico fija para ello, y los artículos 44 y 45 del Reglamento Hipotecario, además de poderse abrir la puerta a posibles fraudes tributarios

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, la Dirección General (1) acordó revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Este recurso plantea de una parte la cuestión de si es posible agrupar fincas pertenecientes en pleno dominio a diferentes propietarios mediante el correspondiente contrato que crea una comunidad de bienes, y de otra, si admitida esta posibilidad, aparece en la escritura calificada claramente determinado este contrato subyacente que motiva esta situación de comunidad proindivisa.

Como reiteradamente se ha declarado por este Centro directivo, la finca constituye el elemento básico de nuestro sistema hipotecario, y por eso ha merecido una especial atención la regulación legal de su acceso y constancia en el Registro, y de ahí la serie de disposiciones que tratan de esta materia, entre las que nos interesa, a efectos de este

(1) VISTOS los artículos 6, 348, 392 y 1255 del Código Civil, 8, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria; 44 y 45 de su Reglamento, y las Resoluciones de 10 de marzo de 1910, 8 de julio de 1914, 21 de febrero de 1923 y 28 de septiembre de 1927.

recurso las relativas a la agrupación —artículo 44 del Reglamento Hipotecario—, que exige como uno de los requisitos para que la operación registral pueda practicarse el que la finca resultante pertenezca a un solo titular o a varios proindiviso, con objeto de evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario o que un solo inmueble figurase en porciones materiales de dominio separadas perteneciente cada una a distintos dueños.

Desde el punto de vista sustantivo y en base al principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, no hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente, con lo que se evita la viciosa práctica —cada vez menos frecuente— de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios, práctica que se pretendía justificar sin aparente fundamento en una mal entendida literalidad de la norma reglamentaria contenida en el artículo 44.

Considerando, en cuanto al segundo defecto, que el referido negocio de creación de condominio y agrupación aparece constituido con todos sus elementos en la escritura calificada, sin que obste a ello la carencia de un *nomen juris* específico, al estar suficientemente amparado —como ya se indicó anteriormente— por el principio de libertad de contratación —y dada la ausencia de norma prohibitiva que impida tal negocio, que por otra parte se encuentra perfectamente estructurado en su base tanto física, máxime dada la colindancia de las dos parcelas, como jurídica—, al haberse establecido la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas, por lo que está plenamente justificada la apertura del folio registral autónomo, que exige —según el repetido artículo 44 del Reglamento— que pertenezca a un solo titular o a dos o más proindiviso.

COMENTARIO.—A) Cuando el primer considerando describe la *cuestión planteada* en el recurso lo hace correctamente, pero después de leído el considerando tercero, cabe hacer un ligero reparo al enfoque del problema porque unas veces es suficiente para agrupar fincas pertenecientes a distintos propietarios un negocio jurídico de mera comunicación de bienes (constitución de comunidad), pero en otros es necesario que confluyan también cesiones onerosas o gratuitas entre todos o algunos de los comuneros. Dependerá de que cada propietario reciba de la resultante de la agrupación una participación totalmente equivalente al valor de la propiedad aportada, o bien que alguno o algunos reciban una participación mayor a su haber de aportación y otros una menor al suyo. El olvidarse de esto, junto al celo de los liquidadores del impuesto para evitar que tales cesiones quedasen disimuladas, y en ocasiones para imaginarlas aun no existiendo, es lo que ha ocasionado las discusiones en torno a la agrupación de fincas de distintos propietarios en las que se han mantenido las soluciones más variadas (no hay más que agrupación, hay, además, constitución de comunidad, hay siempre permutas de cuotas, hay cesiones gratuitas u onerosas además de la

agrupación, etc.), muchas veces sin percatarse de que en cada caso el tratamiento deba ser distinto.

El primer resultando es insuficiente para saber cómo se reflejaba en la escritura el negocio o contrato subyacente; pero parece deducirse que se limitaba a agrupar y a atribuir dos quintas partes indivisas de la finca resultante al señor Tortosa y las restantes tres quintas partes al señor Valls. Por el último considerando sabemos que esta proindivisión resulta establecida en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas, aunque no se aclara si esto resulta comprobado por operaciones matemáticas realizadas por la Dirección, o se refleja en cláusula escrituraria dedicada al pacto de aportación-adjudicación.

De la nota de calificación parece deducirse que no existía tal pacto en la escritura, ni siquiera en forma compendiosa, y por ello acusa su falta el defecto segundo. Acaso no debieron separarse dos defectos independientes, porque en definitiva sólo había uno: la falta de este negocio subyacente a la agrupación. Distinguir dos, en vez de dar más vigor a la calificación negativa facilitó la impugnación por separado de cada uno de los defectos.

El Notario recurrente hace algunas alegaciones, no del todo convincentes (aunque el de referir el art. 44 del Reglamento a la finca resultante se apoye en la autoridad de LA RICA), en relación con el defecto primero, y alega respecto al segundo que aunque no se le designase específicamente existía un contrato estableciendo una comunidad de bienes; pero el argumento de más consistencia es el de que constituyéndose a renglón seguido, en la misma escritura, una Sociedad limitada a la que se aporta inmediatamente la finca resultante de la agrupación, no hay tiempo ninguno en el que se infrinja el artículo 44 del Reglamento Hipotecario. En realidad no es que no haya tiempo de infracción del artículo 44, sino que no hay tiempo de vigencia de la comunidad sobre la finca resultante de la agrupación, ni sobre las agrupadas, para estimar que hay una operación societaria objeto de liquidación del Impuesto, por resultar en el mismo acto absorbida la constitución de comunidad por la constitución de la Sociedad. Y el cañamazo fiscal del problema es inseparable de la textura teórica de derecho sustantivo.

Aunque en la resolución no se toca el tema fiscal, excepto en el Auto presidencial, que observa la posibilidad de abrir la puerta a posibles fraudes tributarios si se omite toda referencia al negocio jurídico subyacente, acaso el Registrador calificador no fue liquidador del documento, porque de serlo, la calificación fiscal y la registral hubieran partido de principios unívocos. Tampoco se explica por qué se solicitaba la agrupación y no la aportación derivada de la constitución de sociedad que se contenía en el mismo documento. En cierto modo, el limitar la solicitud de inscripción a la agrupación restaba consistencia al argumento del recurrente de que era prácticamente inexistente el tiempo en el que existía la comunidad proindiviso de la finca antes de pasar al patrimonio social, y por tanto, el de infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario.

El informe del Registrador, después de reforzar la normativa reglamentaria con la doctrina de la Dirección y de insistir en la falta de un negocio o contrato que produzca la comunicación de bienes, termina despreciando demasiado, y no considerándole jurídico, el argumento

relativo a la inmediata aportación de la finca a la sociedad, por estimar actos autónomos y no involucrables los de agrupación y aportación social.

El Auto presidencial pone el dedo en la llaga al traer a colación el tema fiscal y los considerandos se reducen a la admisión de la constitución de un condominio romano por los propietarios de diversos inmuebles, sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio de agrupación; y el dar por constituido en la escritura calificada el referido negocio de creación de condominio y agrupación, encontrándolo perfectamente estructurado en su base física y jurídica.

En esto último, objeto del cuarto considerando, podía tener razón, pues repito que no se dan grandes detalles en los resultandos sobre la fórmula empleada para completar la agrupación con la formación del proindiviso sobre la finca resultante, y en rigor, dada la sencillez del supuesto no eran imprescindibles complejas cláusulas sobre haberes y adjudicaciones, pues bastaba que, casi implícitamente, resultase que el valor de la finca del propietario al que se adjudican 2/5 de la agrupada fuese de 2/5 del valor de la total y el valor de la finca del propietario al que se adjudican 3/5 de la agrupada fuese de 3/5 del valor de ésta. En lo que acaso no tenga tanta razón el tercer considerando es estimar que, en todo caso, la constitución del condominio romano sobre la totalidad de las fincas de los diversos propietarios unido al indispensable negocio de agrupación sea suficiente para completar el negocio, evitándose así la viciosa práctica de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios. La práctica de las permutas de cuotas posiblemente vino de que el celo de los liquidadores entendía que ésta era la verdadera naturaleza del acto cualquiera que fuese el nombre que se le diese al documento y por mucho que se le calificase de mera agrupación.

A la inversa, los liquidadores tenían razón en que cuando las participaciones que se atribuían a algún propietario en la agrupada era notoriamente desproporcionada con el valor relativo de su aportación, era lógico entender que se estaba encubriendo una cesión onerosa o acaso gratuita y justo que el Fisco no se conformase con el exiguo tipo de Timbre ni aun con el reducido de sociedades.

B) Las vacilaciones de la *legislación fiscal*, que vino a asimilar comunidad y sociedad, tuvieron mucha culpa en las dudas doctrinales sobre el negocio a través del cual era posible la agrupación de fincas de distintos propietarios para que quedara proindiviso la resultante de la agrupación.

El Reglamento del Impuesto de 29 de marzo de 1941 no contenía en el artículo 19 más que un número, el 24), dedicado a las constituciones de comunidad y las sujetaba como sociedades cuando se hiciesen comunes bienes (empresas o negocios) y los comuneros deban repartirse el todo o parte de los productos de tales bienes (sobre la base del pleno dominio o sólo del usufructo de los mismos según que se constituyese o no una administración única común). En el Reglamento de 7 de noviembre de 1947 encontramos dentro del artículo 19 dos números, el 25), que reproduce el 24) anterior, y el 28), aplicable a la constitución de comunidad de bienes para la explotación de negocios mercantiles o in-

dustriales exigiendo para la sujeción al impuesto no sólo este requisito (¿excluidas las comunidades para explotaciones rústicas?), sino el que los rendimientos de estos negocios estuviesen gravados por los impuestos industrial y de utilidades.

En el Reglamento de 15 de enero de 1959 se mantienen también los dos números [ahora 26) y 29)], continuando las dudas sobre si ambos números debían haber sido unificados y más claros.

El Texto Refundido de 6 de abril de 1967 (art. 57, 1) establece que tendrán la consideración de sociedades: 2.º La comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles e industriales cuyos rendimientos estén sujetos al Impuesto Industrial o de Sociedades. Parece centrar la imposición en los supuestos de los números 28)-29) de los Reglamentos y derogar (?) los apartados 24)-25)-26).

El Texto Refundido vigente de 30 de diciembre de 1980 ha simplificado aún más la cuestión diciendo en el artículo 22 que a los efectos del Impuesto de Transmisiones (operaciones societarias) tendrán la consideración de sociedades... 3.º La comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos* que realice actividades empresariales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Pero esta simplificación es un tanto engañosa y no resulta nada claro de momento el trato fiscal de la mera agrupación de fincas de distintos propietarios quedando en proindiviso la resultante sin constitución de ningún órgano de gestión.

Pero si los Reglamentos del Impuesto de Derechos Reales permitían hace ya mucho tiempo construir las agrupaciones de fincas de diversos propietarios como constituciones de comunidad, sin que fuesen necesarias permutas de cuotas, como negocio previo para que cada propietario tuviese una participación indivisa igual en todas y cada una de las fincas, e igual a la que ha de recibir en la finca resultante de la agrupación; la cuestión venía siendo además complicada con la posibilidad de que a través de la agrupación se disimulasen cesiones onerosas e incluso gratuitas, a favor de quienes recibían una participación en la resultante de la agrupación de mayor valor real que su haber por sus aportaciones a la misma, cesiones que quedaban disimuladas a través de alteraciones en los avalúos de las fincas. Al celo de los liquidadores del Impuesto, que no se resignaban a la ocultación de tales conceptos liquidables sometidos a tipo superior, se venía a unir la posibilidad de que disimulasen permutas o cesiones gratuitas prohibidas, como en el caso, que mereció especiales vacilaciones, de agrupación de fincas gananciales con privativas, o cesiones gratuitas inoficiosas, cuestiones éstas que hacían dudar a los civilistas.

En el polo opuesto nos encontramos los casos en los que incluso la constitución de comunidad resultaba excesiva, pues en rigor no debía encontrarse en la agrupación de fincas de diversos propietarios nada más que una agrupación meramente planimétrica y registral sin que exista comunidad en momento alguno apreciable, como ocurría en el caso del recurso y ocurre en ciertos supuestos de agrupaciones que se producen en operaciones particionales, en los que no se dan las circunstancias que han llevado al legislador fiscal a asimilar la constitución de comunidad a la constitución de sociedad.

Estando en formación el futuro Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (operaciones societarias) y Actos Jurídicos Documentados, no parece necesario apurar más el análisis del problema de fondo de la resolución, ni de las interferencias fiscales en el problema civil e hipotecario que nos ocupa; y sí hacer votos porque el legislador fiscal acierte en ese análisis, desmienta la casuística sustantiva del fenómeno y no permita soluciones extremosas que para atajar el excepcional caso de fraude someta a tributación injusta a quienes no pretenden defraudar.

C) *Jurisprudencia*.—El Registrador cita en su informe las Resoluciones de 10 de mayo de 1910, 28 de septiembre de 1927 y 21 de febrero de 1923. El visto añade a estas tres (aunque en la de 1910 dice marzo en el *B. O. del E.* por error) la de 8 de julio de 1914. Pudo citar también la de 16 de mayo de 1916.

La de 10 de mayo de 1910 rechazó la agrupación de fincas no colindantes ni dependientes de algún edificio o heredad que sirviera de lazo de unión para formar un todo territorial (lo que el art. 44, 2.º, del Reglamento llama unidad orgánica de explotación). Nada tiene que ver con nuestro caso.

La de 8 de julio de 1914 negó que pueda ser sobreentendida una agrupación, previa a una segregación, en las inscripciones de las adjudicaciones de las segregadas, con el pretexto de haber desaparecido los linderos de las fincas al agrupar unas comunes con otra propiedad exclusiva de uno de los comuneros. Como en nuestro caso el negocio de puesta en común quedaba camuflado porque la agrupación no iba a durar. Pero la Dirección fue más rigurosa, por lo que no se explica su cita en el visto; era más comprensible que la hubiese alegado el Registrador.

La de 18 de mayo de 1916 no se refiere a ningún caso de disimulo del negocio de puesta en comunidad, pero se rechazó la agrupación implícita de dos fincas efectuada por la mera reseña de las dos inscripciones de ellas en la descripción de la agrupada. Aunque no está muy clara la resolución sobre si se trataba de la agrupación de mitades indivisas inscritas en folios independientes o si la cuestión se complicaba con otras discordancias entre Registro y escrituras.

La Resolución de 21 de febrero de 1923 dispuso que era correcto hacer en una partición, la agrupación de la porción principal y ganancial de un cortijo con otra colindante que pertenecía en usufructo a persona ajena a la partición que concurría para renunciar, y en nuda propiedad a la viuda del causante de la herencia que se partía, como agrupación puente para hacer luego divisiones y adjudicaciones. Parece que se admite la agrupación de fincas pertenecientes a personas distintas por la transitoriedad y las especiales circunstancias del caso, pero no quedan muy claramente explicadas las razones para la admisión por mezclarse con las consideraciones que condujeron a admitir la inclusión en el *totum revolutum* particional de la porción colindante perteneciente a persona ajena a la herencia, aunque sujeta a cláusula testamentaria (de otra) con la que se le había adjudicado, para que a su muerte o renuncia pasara a la viuda del causante de la herencia que era objeto de calificación, y en su defecto a sus hijos, persona ajena que conside-

rándose usufructuaria renunció a este derecho, pasando por ello la porción agregada al caudal yacente.

La de 28 de septiembre de 1927 declaró extendida con arreglo a las formalidades legales una escritura de agrupación de dos fincas inscritas a favor de dos Congregaciones aparentemente diferentes (Instituto Religioso Cisterciense y Monasterio Cisterciense del Val de San José) por entender la Dirección suficientemente justificado que se trataba de una misma persona jurídica del hecho de ser la única Comunidad Religiosa Cisterciense de Getafe y de la identidad de intervinientes y coincidencias en la documentación representacional en los títulos de adquisición de las dos fincas. El supuesto no tiene mucha relación con nuestro caso y ni siquiera cabe alegarla como demostración de que no es posible la agrupación de fincas de distinto propietario.

D) *Doctrina*.—ROCA SASTRE (2) afirma tajantemente que es imposible agrupar dos o más fincas pertenecientes por entero a distintos propietarios, pero —añade— ello no es obstáculo para que previamente los propietarios las pongan en común, mediante negocio jurídico de comunicación de bienes, o empleando para el ajuste de cuotas, la fórmula más onerosa de otorgarse las necesarias cesiones recíprocas o permutas de cuotas indivisas de sus respectivas fincas. Y acusa a los autores que han tocado el tema de incurrir, con más o menos amplitud, en un confusionismo entre la operación registral de agrupación y los negocios jurídicos (venta o permuta de cuotas, o comunicación de propiedad), que siempre tienen carácter previo y sólo interesan al Derecho civil.

Es injusto ROCA al acusar a todos de confusionismo. Casi todos se percatan de que hay algo más de una agrupación ordinaria, imposible siendo distintos los propietarios de las fincas a agrupar; lo que ocurre es que adoptan distintas posturas ante los negocios jurídicos previos que han de permitir la operación y la constitución del condominio sobre la resultante. Tampoco es cierto que en todo caso puedan los interesados escoger entre fórmulas más o menos onerosas desde el punto de vista fiscal y, por lo mismo, tampoco cabe decir qué sólo interesa al Derecho civil el negocio jurídico previo porque precisamente la incidencia de la legislación fiscal ha contribuido a los confusionismos que han existido en el tema.

SANZ (3), por ejemplo, dice que la cuestión se solucionaba en un principio con permutas de participaciones proindiviso y posteriormente sustituyendo el dominio de cada propietario en cada finca por un condominio en la total a través de un acto doble: agrupación y constitución de condominio. La historia no es tan sencilla y no puede desconectarse de la interpretación de las Oficinas Liquidadoras de los cambios en los Reglamentos del Impuesto.

LA RICA (4) llega al máximo en la minusvaloración del negocio previo y termina por propugnar una interpretación más espiritual que literal

(2) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario* 6.^a ed., Barcelona, 1968, tomo II, págs. 422 y siguientes. Allí pueden verse las opiniones de GALINDO y ESCOSURA, SÁNCHEZ VELASCO y MARTÍNEZ SANTONJA, así como las citas de los trabajos en los que estos autores han tratado la cuestión. No he observado alteración alguna apreciable en la 7.^a ed. de ROCA.

(3) ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, páginas 270 y ss.

(4) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: «La unificación de fincas y sus problemas», trabajo publicado en la *Revista de Derecho Privado* y recogido en *Libro Homenaje*, Madrid, 1976, tomo II, págs. 505 a 508 y 520 a 525.

del artículo 44 del Reglamento que permita entender que su frase «o a varios proindiviso» pueda referirse a la finca resultante de la agrupación. Esta opinión de LA RICA, francamente excesiva, es utilizada por el Notario recurrente aunque sin gran convicción, porque luego centra su argumentación en la circunstancia de que por ser simultánea la puesta en comunidad que implica la agrupación y la aportación a la sociedad es prácticamente inexistente el tiempo de infracción del artículo 144.

CAMY (5) no aclara tampoco suficientemente nuestro problema, incluso parece incurrir en contradicción. En un pasaje dice que no es posible la agrupación si las fincas no pertenecen a una misma persona o a varias proindiviso, salvo que o bien se haga a través de la constitución de una comunidad, que involucraría cesiones respectivas de cuotas, o bien acudiendo a una subrogación del derecho individual de cada uno de los propietarios sobre su finca en una cuota en la comunidad de la resultante; subrogación ésta que parece no ser otra cosa que el negocio de constitución de comunidad, o comunicación de bienes de que nos hablan Roca y otros autores. En cambio, en otro pasaje CAMY afirma que la comunidad no puede nacer nunca de una manera inmediata a través de un convenio al efecto, porque el poner en común bienes es convenio originador de sociedad (art. 1.665 del Código), pero no de comunidad, y añade que si los titulares individuales de dos fincas quisieran convertir sus respectivos derechos en cotitularidades sólo podrían hacerlo mediante permutas de cuotas, bien quedando separadas las fincas, o bien realizando a la vez su agrupación.

Podíamos continuar reseñando opiniones sobre la cuestión, pero con las expuestas queda demostrado que cada una se ha elaborado sin analizar en serio las otras y todas nos dejan un tanto perplejos por su falta de rigurosidad. Creo que la explicación está en la gran incidencia de la cuestión fiscal en el tema y en la obsesión por soslayarla o disimularla.

E) *En resumen*: No estoy completamente conforme en que en todo caso la constitución de un condominio romano con simultánea agrupación sea negocio sustantivo suficiente para operar cualquier agrupación de fincas de distintos propietarios. Cuando un haber de aportación al proindiviso de la finca resultante no se corresponde con el valor de la adjudicación, entonces además del negocio de constitución de comunidad habrá cesiones y éstas serán unas veces onerosas y otras gratuitas. Otra cosa es que a través de acuerdo se puedan disimular tales cesiones por medio de valoraciones amañadas. Por otro lado, el casuismo de las agrupaciones cuando todas las fincas agrupadas no son del mismo y único propietario es riquísimo y sería inútil intentar reconducirle a soluciones únicas.

Por ese mismo casuismo la conformación del negocio base de la agrupación de fincas de distintos propietarios puede tener complejidad muy variada; desde la extrema sencillez que puede tener en nuestro caso, hasta la complejidad jurídica y matemática que puede tener en supuestos complicados. Sin la lectura completa de la escritura es imposible saber si el considerando último pecó o no de benévolo.

T. C. G.

(5) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Granada, 1969, tomo I, pág. 713, y Pamplona, 1971, tomo IV, págs. 163 y 164.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO: NO LO ES LA ACCION DE DESLINDE, POR LO QUE NO ES NECESARIO DEMANDAR LA NULIDAD O CANCELACION DE UNA INSCRIPCION DE EXCESO DE CABIDA DE LA FINCA DEL DEMANDADO. LA LIMITACION TEMPORAL DE EFECTOS DEL ARTICULO 207 DE LA LEY HIPOTECARIA, SE APLICA SOLO AL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL, NO AL DE LEGITIMACION DEL ARTICULO 38. EL TERCERO DEL ARTICULO 207 TIENE RELACION CON EL TERCERO DEL ARTICULO 34. EL EXCESO DE CABIDA NO ESTA CUBIERTO POR LA FE PUBLICA REGISTRAL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—La entidad «Concesiones C. y E. F., S. L.», formuló demanda contra don Francisco C. M., doña Susana T. Ll., don Lorenzo C. C. y doña María T. Ll., sobre deslinde y amojonamiento, suplicando al Juzgado se dictara sentencia, de acuerdo con los artículos 384 al 387 del Código Civil, por la que se declarase: 1.º El deslinde y amojonamiento de la finca propiedad de la actora, finca registral 1.036, de la finca propiedad de los demandados, finca registral número 1.663, colindantes entre sí, ambas del término municipal de La Escala (Gerona), en el linde Este de la finca de la actora, equivalente al linde Oeste de la de los demandados y teniendo en cuenta que los títulos de propiedad de ambas fincas expresan igual superficie de dos vesanas y en realidad, entre ambas fincas tienen 13.282, 58 metros cuadrados, debiendo situarse el linde

Este de tal forma que en ambas fincas coincida la superficie de 6.341,29, poniendo los mojones en el lugar correspondiente; 2.º Alternativamente de la anterior petición, que se decrete el deslinde y amojonamiento de las dos anteriores fincas, en el linde anteriormente referido, de tal forma que la finca de los actores comprenda, como mínimo, la zona marcada en rojo en el documento número 7 de los acompañados con la demanda, con una superficie de 4.807 metros cuadrados, o sea, siendo el linde Este de dicha finca —Oeste de la de los demandados— la que figura en el plano del Servicio de Catastro de Rústica de Gerona.

Los demandados se oponen alegando que su finca consta inscrita en el Registro de la Propiedad, no con la superficie que señala la actora, sino con la de tres vesanas y media aproximadamente, equivalentes a 76 áreas 54 centiáreas, empeñándose en reflejar solamente lo que consta en la primitiva escritura de adquisición, no teniendo presente que se inscribió el correspondiente exceso de cabida de conformidad a los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria, en base a datos catastrales, habiendo pasado sobradamente los dos años de suspensión o congelación de efectos que, respecto a tercero, establece el artículo 207. En consecuencia, es aplicable el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y la presunción que establece, de forma que para lograr una modificación de tal asiento, que entrañe contradicción al mismo en el dominio o derecho real inscrito, ha de entablarse, previamente o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, cosa que no ha hecho la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Gerona 2 dictó sentencia estimando la excepción alegada por la demandada en relación con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y sin entrar en el fondo de la cuestión absolvió en la instancia a los demandados.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en el recurso de apelación interpuesto por la entidad actora, revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda en la petición alternativa de proceder al deslinde y amojonamiento, de tal forma que la finca de la actora comprenda como mínimo la zona marcada en rojo en el documento número 7, con una superficie de 4.867 metros cuadrados, o sea, siendo el linde Este de dicha finca, Oeste de la de los demandados, el que figura en el plano del Servicio de Catastro de Rústica de Gerona referido al año 1962, línea de separación entre las subparcelas «g» y «h» de la parcela 24 con la parcela 27 del polígono 10 del término municipal de La Escala.

Los demandados interponen recurso de casación por infracción de ley por interpretación errónea de los apartados 1.º y 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; por interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la citada Ley y violación del artículo 298, número 5.º, B), del Reglamento Hipotecario, por falta de aplicación; por infracción de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 16 de febrero de 1955 y 30 de junio de 1964, por el concepto de aplicación indebida, y por error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de una serie de documentos que citan.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que si bien el motivo 1.º denuncia la interpretación errónea de los dos párrafos iniciales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, la verdad es que la tesis mantenida en el mismo únicamente guarda relación con lo preceptuado en el segundo de dichos párrafos, ya que esa tesis consiste en que la actora solamente hubiera podido ejercitar la acción esgrimida en la demanda si previamente o a la vez hubiese pedido la nulidad o cancelación de la inscripción vigente en el Registro de la Propiedad a favor de los hoy recurrentes, tesis que tratan de reforzar en el motivo 3.º mediante la alegación de haberse incurrido por la Sala sentenciadora en la aplicación indebida de la doctrina legal relacionado con el párrafo 2.º del artículo 38 citado.»

«Considerando que ambos motivos tienen que perecer, en primer término, porque para que sea aplicable lo dispuesto en este precepto, es necesario, de un lado, que la acción ejercitada en la demanda o en la reconvenición sea contradictoria del dominio del inmueble o del derecho real inscritos, y, de otro lado, que el éxito de tal acción pueda conducir a la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, requisitos que aquí no concurren, dado que, por una parte, la acción de deslinde y amojonamiento, que es la ejercitada en la demanda, lejos de contradecir el dominio de los demandados sobre la finca colindante, lo reconoce de manera harto explícita, contrayéndose a la delimitación y señalización de uno de los linderos comunes a ambos predios, y, de otra parte, la sentencia dictada en congruencia con tal acción no constituye un título hábil para registrar la nulidad o para cancelar el asiento de propiedad de la finca de los interpelados; doctrina que se halla en armonía con lo sentado por esta Sala en la interpretación del antiguo artículo 24 y del actual artículo 38, párrafo 2.º, puesto que de modo constante ha declarado la inaplicación de la norma encerrada en tales artículos a la acción de deslinde y amojonamiento, como es de ver en las Sentencias de 6 de octubre de 1915, 16 de noviembre de 1931, 13 de mayo de 1959 (último considerando), 30 de junio de 1964 (considerando octavo) y 30 de junio de 1963 (penúltimo considerando), por lo que, cualquiera que haya sido la oportunidad del Tribunal *a quo* al traer a colación la doctrina de la Sentencia de 16 de febrero de 1955, algunos de cuyos pormenores quizá no convengan con exactitud al supuesto de hecho contemplado ahora, aquellos motivos han de decaer.»

«Considerando que tampoco merece ser acogido el 2.º, que acusa la interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y la violación por inaplicación del artículo 298, número 5.º, del Reglamento dictado para su aplicación: Primero: Porque aun cuando la limitación temporal establecida en dicho artículo 207 se refiere sólo al principio de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38 de aquella Ley (Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959 y Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1973) no estará de más añadir, como ya se ha anticipado en los considerandos precedentes, que en lo relativo al principio de legitimación del Registro, no se plantea por los recurrentes cuestión alguna que guarde conexión directa con lo prevenido en el párrafo 1.º del repetido artículo 38, presunción *iuris tantum* sentada en él que, por otra parte, ha sido desvirtuada, en orden a la medida superficial del inmueble inscrito a favor de los impugnantes, por la oportuna prueba en contrario, y en cuanto

a uno de los efectos procesales de tal legitimación, el previsto en el párrafo 2.º del mismo artículo, basta recordar que en el ámbito de la prohibición establecida en él no entra la acción de deslinde y amojonamiento. Segundo: Porque situado aquel artículo 207 en la línea de la fe pública registral es obvio que en su exégesis no puede prescindirse de la interpretación sistemática y, por ende, de lo estatuido en el fundamental artículo 34 de dicha Ley, y de aquí que, en cuanto a los requisitos que deberán concurrir para su aplicación no podrán ser otros que los descritos en esta norma, y, en cuanto al ámbito material de esa aplicación es lógico que no podrá rebasar el circunscrito por el mismo artículo 34, habiendo que quedar, por tanto, al margen de aquél las inscripciones de inmatriculación por exceso de cabida, desde el momento en que los datos de hecho en general, y, concretamente, el relativo a la medida superficial quedan también fuera de la órbita de fe pública registral, según tiene proclamado uniformemente esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 16 de noviembre de 1960, 16 de abril de 1968, 7 de mayo de 1975 y 31 de mayo de 1977, por lo que en resumen, la medida superficial que conste en la inscripción de inmatriculación no estará protegida por la fe pública ni durante los dos primeros años, ni después. Tercero: Que, a mayor abundamiento y en orden a la supuesta violación del artículo 298, número 5.º, del Reglamento Hipotecario, puede recordarse la doctrina de este Tribunal, a cuyo tenor la infracción de tal texto meramente reglamentario no puede servir de base a un recurso de casación, por tratarse de un conjunto de disposiciones de carácter normativo secundario, que no merecen el concepto de 'ley' a efectos de lo prevenido en el número 1.º de los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 9 de diciembre de 1939 y 24 de noviembre de 1969).»

«Considerando que, en fin, el motivo cuarto y último no puede correr mejor suerte, ya que lo pretendido por los recurrentes al amparo del número 7.º del citado artículo 1.692 es convertir este recurso en una tercera instancia, oponiendo a la apreciación de las pruebas llevadas a cabo por el Tribunal sentenciador, aquello que, en sentir de los impugnantes, resulta del conjunto de los seis documentos que relacionan, notarial, uno, y administrativos los cinco restantes, y además, por sí poco fuera de su amalgama con los datos que, a su juicio, ofrece la prueba pericial practicada en el pleito, proceder recusable en la casación, como es bien sabido, la cual únicamente puede alcanzar éxito oponiendo un hecho auténtico concreto, evidenciado por un documento o acto de la misma naturaleza, a un hecho probado, también concretamente determinado, fijado formalmente por el Juzgador de instancia; por lo que, en definitiva, se impone declarar no haber lugar al recurso con la condena en costas preceptuada en el artículo 1.748 de la Ley de enjuiciar.»

COMENTARIO.—Esta sentencia se ocupa de cuatro cuestiones de especial interés para el Derecho Hipotecario, que son las siguientes:

1.ª Si la acción de deslinde es o no contradictoria del dominio inscrito del demandado, a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, existiendo una inscripción de exceso de cabida a favor de este último.

2.ª Si la limitación temporal del artículo 207 de la Ley Hipotecaria se aplica sólo al principio de fe pública registral o también al de legitimación del artículo 38 de la Ley.

3.ª El concepto de tercero a efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

4.ª Si una inscripción de exceso de cabida está o no protegida por la fe pública registral.

Comentaremos por separado cada una de estas cuestiones.

1.ª *La acción de deslinde y el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*—Al comentar la Sentencia de 30 de junio de 1973, dijimos que si bien en principio la acción de deslinde no puede ser considerada como acción contradictoria del dominio inscrito, había que distinguir una serie de supuestos en que, dadas las circunstancias que rodeaban a la acción de deslinde, podría ser ésta considerada en algún aspecto como contradictoria del dominio inscrito del demandado; así, entre otros casos, cuando «las bases del deslinde se opongan claramente a la descripción de la finca del demandado».

Pues bien, creo que el presente caso es de éstos en que cabe entender que la acción de deslinde, tal como estaba planteada por el actor, implicaba una contradicción con el dominio inscrito del demandado y exigía la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es decir, el que previamente o a la vez hubiera solicitado la nulidad o cancelación de la inscripción de exceso de cabida de la finca de la parte demandada.

Así lo entendió acertadamente el Juzgado de Primera Instancia de Gerona. Pero la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo siguen la regla general de que la acción de deslinde no está incluida en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo cual, sin más matizaciones, no podemos aceptar.

Las declaraciones de la presente sentencia del Tribunal Supremo no son convincentes en relación con el concreto caso planteado.

En primer lugar, dice la sentencia que la acción de deslinde ejercitada en la demanda, *lejos de contradecir el dominio de los demandados sobre la finca colindante, lo reconoce de manera harto explícita, contrayéndose a la delimitación y señalización de uno de los linderos comunes a ambos predios*. Pero esto sólo cabría decirlo en términos generales de la acción de deslinde, no precisamente en este caso en que la acción de deslinde ejercitada envuelve una fuerte dosis de contradicción con el dominio inscrito del demandado. Una de las declaraciones del actor en su demanda es que el deslinde se lleve a cabo atendiéndose a los títulos de propiedad, posesión y repartiendo proporcionalmente el exceso o defecto con arreglo a las superficies registradas y en proporción a las mismas. Y en el suplico de la demanda, exige que las bases de deslinde se adapten a unas determinadas superficies que alternativamente señala, o que su finca tenga una superficie de 6.341,29 metros cuadrados, igual que la de los demandados, o bien, que al menos tenga la superficie de 4807 metros cuadrados. Cualquiera de estas pretensiones chocaba frontalmente contra las inscripciones de dominio vigentes. Efectivamente la finca del actor tenía una superficie inscrita de 4.374

metros cuadrados; y la finca del demandado, que primitivamente había tenido esa misma superficie, con posterioridad se amplió a través de la inscripción de un exceso de cabida apoyado en datos catastrales, llegando a tener actualmente 7.654 metros cuadrados. Pues bien, la acción de deslinde del actor contradice de modo claro la inscripción de dominio del demandado en cuanto al exceso de cabida, pues lo desconoce totalmente, sin haber ejercitado la correspondiente demanda de cancelación parcial de dicha inscripción en cuanto se opusiere a sus pretensiones. En definitiva, el actor parte de que se trata de dos fincas de igual superficie, y el Registro le dice que la del demandado es mayor por haberse inscrito un exceso de cabida apoyado en datos catastrales, cosa que no ocurrió respecto a la finca del actor. La presente sentencia parece entender que lo único que interesa a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es la titularidad *en abstracto* del demandado, prescindiendo del objeto de tal titularidad, que es cuestión tan jurídica como la de la titularidad misma y que ha sido contradicha parcialmente (en cuanto a un exceso de cabida) por la acción ejercitada. Y todo esto se ve más claro todavía, si se tiene en cuenta que el actor empieza alegando en su demanda, que, aunque en el Registro las fincas tienen una superficie (desconoce la del exceso de cabida del demandado) en la realidad tienen ambas un exceso de cabida con el que se ha de contar. Es decir, se trata de una acción de deslinde basada en un exceso de cabida, sin plantear la demanda de nulidad del exceso de cabida de la finca del demandado.

La segunda declaración de esta sentencia tampoco es convincente, pues dice que «la sentencia dictada en congruencia con tal acción (de deslinde) no constituye un título hábil para registrar la nulidad o para cancelar el asiento de propiedad de la finca de los interpelados». Esto constituye un «apriorismo», pues si en la demanda se solicita y pretende tal cancelación, la sentencia que la estime constituirá un perfecto título hábil para declarar la cancelación parcial de la inscripción del demandado en cuanto al exceso de cabida que obstaculizaba las pretensiones del actor. Y es que la sentencia se sigue moviendo bajo la idea de que la inscripción de exceso de cabida no es inscripción de dominio, cuando claramente lo es, como lo demuestra, entre otras cosas, que uno de los procedimientos para llevarla a cabo es precisamente el expediente de *dominio* y los medios inmatriculadores tendentes a acreditar la *propiedad* (art. 200 de la Ley Hipotecaria). Es el *objeto del dominio*, hay que repetir una vez más.

La tercera argumentación de la sentencia consiste en una remisión a la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la acción de deslinde, presuponiendo que la doctrina de las Sentencias de 6 de octubre de 1915, 16 de noviembre de 1931, 13 de mayo de 1959, 30 de junio de 1964 y 30 de junio de 1973, excluye la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con dicha acción. Pero en lugar de buscar el fundamento de esa exclusión, que hubiera dado la pista para determinar a qué casos es aplicable esa jurisprudencia y a qué casos no, la sentencia prefiere hacer la cita sin más de todas esas sentencias. En relación con esto, hay que recordar que el fundamento de esa doctrina legal del Tribunal Supremo es lógico cuando se está ante una acción de deslinde normal, o sea, cuando no

entran en juego bases especiales contrarias al Registro, no en casos como el presente. La explicación de ese fundamento es que los linderos que figuran en los libros del Registro son normalmente «danzantes» (salvo los linderos fijos), pues se trata de unos nombres que cabría aplicar en principio a una u otra realidad, tal como resultara del deslinde, por lo que propiamente no se plantea una contradicción entre deslinde y Registro, dada la imprecisión resultante de la naturaleza misma de los linderos. Pero este fundamento no cabe aplicarlo cuando uno de los datos descriptivos ha sido objeto de especial consideración a través de una inscripción de exceso de cabida apoyado en datos catastrales, que implica una presunción de medición de la finca por medio de unos elementos oficiales, que al ser reflejados en el Registro cuentan con el principio de legitimación registral a su favor. En otro caso, habría que decir que la inscripción de exceso de cabida no sirve absolutamente para nada. Pero esto constituye un argumento de *reductio ad absurdum*, pues si así fuera no se explicaría la normativa existente a propósito de los mismos, no ya sólo en el Reglamento Hipotecario, sino en la propia Ley Hipotecaria.

Además, si la presente sentencia viene a reconocer en otros «Considerandos» que no hay obstáculo en aplicar a la medida superficial el principio de legitimación registral en cuanto al párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no se ve por qué no iba a aplicarse el párrafo 2.º que, como su propia letra indica, es una consecuencia del primero.

Respecto a esa jurisprudencia existente sobre la cuestión, me remito a la exposición que hice en el comentario a la Sentencia de 30 de junio de 1973 (R. C. D. I., núm. 504, septiembre-octubre 1974, págs 1161 a 1168). En cualquier caso, dicha jurisprudencia no se opone a la opinión aquí mantenida a propósito de una inscripción de exceso de cabida. Así, la *Sentencia de 6 de octubre de 1915*, aparte de no referirse a un supuesto de acción de deslinde, sino de oposición a la posesión judicial conferida en acto de jurisdicción voluntaria, dice que «ambos títulos (de los contendientes) encuentran amparo, tanto en los asientos del Registro como en los preceptos de la Ley Hipotecaria». En cambio, en nuestro caso, existe una finca que tiene inscrito un importante exceso de cabida de base catastral y la otra finca, no. La *Sentencia de 16 de noviembre de 1931*, aunque se refiere a un supuesto de acción de deslinde, no se ocupa del problema de rectificación de superficie, sino de discusión acerca de un lindero, y dice: «ninguno de ellos (de las partes) desconoce ni menos aún impugna la inscripción que su adversario ténga en el Registro de la Propiedad, quedando, por tanto, reducida la contienda a la fijación de la línea que separa ambas heredades por el lindero Norte de la 'Posesión Cayuela', perteneciente al primero (al actor recurrido) y el del aire Sur de la denominada 'Prados', que corresponde al segundo (demandado recurrente); esto sentado, es inconcuso que la planteada es puramente una cuestión de hecho que se limita a la identidad de las dos fincas colindantes y a la determinación del terreno que corresponde al título que respectivamente pueda ostentar cada uno de los asientos del Registro de la Propiedad y en los preceptos de la Ley Hipotecaria, es visto que no existe contradicción de dominio inscrito, conforme resolvió este Supremo Tribunal en caso análogo por Senten-

cia de 6 de octubre de 1915». Como se observará, tampoco es éste el caso presente, en que el asiento de inscripción de exceso de cabida ampara registralmente a una de las partes y no a la otra.

La *Sentencia de 13 de mayo de 1959* tampoco puede ser traída a colación, pues aparte de no tratarse del mismo supuesto, se produce bajo un tono de completa duda acerca de si la inscripción ampara o no el límite y extensión superficial, cosa que la presente sentencia no excluye en relación con el párrafo primero del artículo 38.

La *Sentencia de 30 de junio de 1964*, también citada por la presente, alude a un caso en que los «dos litigantes tienen inscritas sus respectivas fincas», por lo que concluye diciendo que «el conflicto o contradicción se referirá a las inscripciones registrales». Insistimos en que esto no ocurre aquí en que no hay conflicto de inscripciones, pues en una aparece lo que no está en la otra (el exceso de cabida), sino que hay, a diferencia de la del 64, hay una pretensión contradictoria con el asiento de inscripción de exceso de cabida. Además, esa *Sentencia de 30 de junio de 1964* es de las que entendía que los datos físicos no están cubiertos por el principio de legitimación registral, lo que la hace altamente criticable, y en esto no cae la presente sentencia, que sólo se refiere a la inaplicación del párrafo 2.º del artículo 38, y no al primero.

En cambio, hay sentencias que claramente ofrecen una matización distinta a la anterior, y que pueden servir de apoyo a la opinión que mantenemos en relación con este caso concreto. Así, la *Sentencia de 16 de febrero de 1955* se refiere a un caso de fijación topográfica del lindero común de dos fincas, añadiendo que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria «sólo hubiera podido entrar en juego si se hubiese suscitado la cuestión de la medida superficial o cabida del inmueble en cuyo beneficio se hubiere efectuado la intrusión denunciada». Aquí tenemos una sentencia terminante en pro de la aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, al supuesto ahora contemplado. Pero la presente sentencia no quiere ver este aspecto, prefiriendo acogerse a esa otra dirección jurisprudencial que hemos visto es perfectamente compatible con esta declaración terminante de la de 16 de febrero de 1955.

La sentencia que ahora se comenta no cita las *Sentencias de 26 de octubre de 1961 y de 10 de junio de 1967*, que suponen una orientación favorable a la posición mantenida en el presente caso por el Juzgado de Primera Instancia de Gerona, pues señalan que en los casos allí planteados no se ejercitaba ninguna acción contradictoria del dominio que «suponga rectificación de sus datos esenciales y/o de los meramente accesorios, como los referentes a sus circunstancias físicas o descripción de linderos».

En cuanto a la *Sentencia de 30 de junio de 1973*, ya la comentamos en su momento, y desde luego tampoco se refiere a un supuesto de existencia de inscripción de exceso de cabida, sino que alude a una cuestión de linderos.

Por todo lo dicho, considero mucho más acertada la posición del Juzgado de Primera Instancia que la de la Audiencia y del Tribunal Supremo. Obsérvese, en fin, que la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no supone ninguna decisión acerca del fondo del asunto, sino aplazar esta decisión en espera de un mejor

planteamiento de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto.

2.ª *La limitación de efectos que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria sólo se refiere al principio de fe pública registral y no al principio de legitimación.*—En esta segunda cuestión, la sentencia merece una crítica muy favorable, siendo conforme con la doctrina dominante de los autores que, efectivamente, entienden que el principio de legitimación y las presunciones derivadas del mismo no quedan afectadas de ningún modo por lo dispuesto en el artículo 207.

Las escasas excepciones de autores que estimaban aplicable la limitación del artículo 207 al principio de legitimación han de entenderse superadas por la presente sentencia.

SANZ FERNÁNDEZ y VALLET DE GOYTISOLO entendieron que durante los dos años a que se refiere el artículo 207, el titular registral no tenía las ventajas procesales derivadas de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Frente a esa interpretación, hay que hacer dos objeciones: 1.ª Que el artículo 207 se refiere sólo a los «efectos respecto a terceros», por lo que deja a salvo aquellos efectos de la inscripción que, como son los derivados del principio de legitimación, están por encima de la distinción entre partes y terceros; 2.ª Que VALLET reconoce que hay preceptos aplicables al titular registral durante ese período de dos años, como son, entre otros, el artículo 82 y el párrafo 2.º del artículo 38. Pero, según se desprende de este último precepto, se trata de una consecuencia del párrafo 1.º del mismo precepto, por lo que resulta inexplicable que pueda ser aplicable el párrafo 2.º del artículo 38 desde la perspectiva de quien considera suspendida la eficacia del principio de legitimación registral. VALLET trata de salvar esta contradicción en que incurre, a través de una nota a pie de página, diciendo: «podría justificarse, sin necesidad de acudir al principio de legitimación, sin más que considerarlo como una simple exigencia de la ley a fin de procurar el paralelismo entre el Registro y la realidad». Esta explicación es insostenible, pues es clarísimo y así lo ha reconocido abundante jurisprudencia, de acuerdo con lo que resulta del propio texto legal («Como consecuencia...»), que el párrafo 2.º es una derivación del principio de legitimación registral. Es notable la crítica hecha por CABELLO a estos autores que limitaban los efectos del principio de legitimación registral durante dos años, crítica que puede verse en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* («Efectos de las inscripciones de inmatriculación», año 1950, págs. 591 a 624).

Entre los autores que entienden que el principio de legitimación registral no queda afectado por la limitación temporal del artículo 207, destacan los siguientes:

ALONSO FERNÁNDEZ («La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *R. C. D. I.*, núm. 204, mayo 1945, págs. 305 a 317), refiriéndose al párrafo 3.º del artículo 352 de la Ley de 1944 dice que, entre otros efectos, antes de los dos años, a partir de su fecha, se producen los importantísimos de los artículos 24 y 41 de la Ley (que son los que en aquella ley recogían el principio de legitimación registral), que por su carácter sustantivo, no distingue entre partes y terceros, ni entre inscripciones de inmatriculación o hipotecarias.

CABELLO, antes citado, señala entre sus conclusiones las siguientes:

«1. La suspensión de efectos en las inscripciones a que se refiere el artículo 207 de la Ley, tiene por fin evitar el perjuicio irreparable que el juego de la fe pública registral ocasionaría al posible dueño real o al posible titular de un derecho real o acción de nulidad, rescisión o resolución, en caso de surgir el tercero hipotecario del artículo 34. Estas personas y ninguna más, son las favorecidas y perjudicadas respectivamente y tan sólo a ellas es aplicable la palabra tercero que emplea dicho artículo». «2. El inmatriculado goza de los beneficios de la legitimación registral, tanto en su aspecto pasivo y defensivo, como en su aspecto ofensivo, en todo momento. Puede utilizar sus acciones por el procedimiento del artículo 41, porque la ley no le priva de este derecho al limitar solamente el juego de la fe pública registral. Además, al gozar de la presunción legitimadora no se ocasiona ningún perjuicio al tercero favorecido con la suspensión de efectos y no debe interpretarse extensivamente un precepto restrictivo cuyo alcance se conoce». «3. Las inscripciones de inmatriculación surten todos sus efectos y respecto todas las personas, excepto el juego de la fe pública registral durante dos años respecto las personas antes señaladas y cuando se trate únicamente de las inscripciones que señala el artículo 207».

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo I, 6.^a edición, pág. 860) dice que «el alcance del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, o sea, de su medida suspensiva de los efectos de la fe pública del Registro queda *limitado exclusivamente* a esta suspensión, o paralización de la protección que brinda el artículo 34, y concordantes, de la propia ley, y a nada más. En todo cuanto no entre dentro del ámbito estricto de dicho artículo 207, las normas de nuestro ordenamiento inmobiliario registral regirán con pleno vigor». Y concretamente señala que son aplicables durante esos dos años «los artículos 17, 20, 38, 41 y 82 de la Ley Hipotecaria, y otros concordantes de la misma». Después critica la opinión de VALLET, cita el Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959, del que ahora nos ocuparemos, y termina refiriéndose a la Sentencia contraria de 15 de noviembre de 1962.

LACRUZ-SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 248) limita la suspensión del artículo 207 a los «efectos ofensivos de la inscripción», pues «los efectos defensivos, y concretamente la presunción del artículo 38 y, en ciertos casos, el procedimiento del artículo 41, no podrían negarse al titular inscrito frente a quien no se sabe si es o no titular real».

En cuanto a la jurisprudencia, la presente sentencia cita el Decreto de competencia de la Presidencia de 22 de octubre de 1959 y la Sentencia de 5 de noviembre de 1973. No se refiere, en cambio, a la Sentencia de 15 de noviembre de 1962, que mantenía una posición contraria. A la vista de estas tres decisiones en relación con la presente sentencia, tenemos que decir que ésta que ahora se comenta es importantísima, pues el panorama no estaba todo lo claro que hubiera sido de desear en la jurisprudencia.

Efectivamente: aunque es cierto que el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1959, al resolver una cuestión de competencia entre Administración y Jurisdicción ordinaria, en favor de ésta, interpreta el artículo 207 en el sentido de que no limita en ningún momento la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, también es

cierto que no constituye jurisprudencia ni inicio de la misma, al tratarse de una decisión que no es del Tribunal Supremo. Y pocos años después, la Sentencia de 15 de noviembre de 1962 no siguió esa dirección, sino que aplicó a la presunción posesoria del artículo 38-1.º, resultante del principio de legitimación registral, la suspensión de efectos del artículo 207 de la Ley. Las cosas parecían restablecerse debidamente con la Sentencia de 15 de noviembre de 1973, que dice terminantemente que el artículo 207 no se refiere al principio de legitimación registral. Ahora bien, esta sentencia era la única entonces, a efectos de doctrina legal, y además, mezclaba en cierto modo el problema con el del artículo 1.473 del Código Civil que apenas tiene que ver con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Llegamos en esta situación no del todo uniforme a la presente sentencia, que al enlazar con esa declaración terminante de la Sentencia de 5 de noviembre de 1973 forma doctrina legal, quedando reforzada por el citado Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959, y al mismo tiempo abandonada la posición aislada de esa Sentencia de 15 de noviembre de 1962 y de SANZ FERNÁNDEZ y VALLET DE GOYTISOLO.

Para comprender mejor esta línea jurisprudencial y alcance de la misma, expondremos con mayor detalle la interpretación de todas esas decisiones que acabamos de citar.

El Decreto de competencia de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1959 (Aranzadi, núm. 3.945) decidió a favor de la jurisdicción ordinaria una cuestión de competencia planteada por el Gobernador Civil, que pretendía que la Audiencia se inhibiese ante una demanda de interdicto de obra nueva planteada por un particular frente a un Ayuntamiento por ocupación de sus terrenos por este último como consecuencia de unas obras. El problema del artículo 207 es esencial en esta decisión, pues si se entendía que el principio de legitimación quedaba suspendido durante dos años, el demandante titular registral no tenía un asiento protegido por los Tribunales. Hay que compartir íntegramente lo que dice este Decreto de competencia en su «Considerando» segundo, a propósito del artículo 207, en estos términos:

«Considerando que doña Francisca E. F. funda la pretensión que somete al conocimiento y resolución de la jurisdicción ordinaria en un título inscrito en el Registro de la Propiedad de conformidad con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, título que, en consecuencia, está amparado por la presunción *iuris tantum*, a que se refiere el artículo 38 de la propia Ley, según el cual 'a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos', presunción no enervada por lo dispuesto en el artículo 207 de la propia Ley Hipotecaria, que si bien limita la eficacia de las inscripciones de inmatriculación a las practicadas al amparo del artículo 205, en cuanto a su eficacia temporal, puesto que tales inscripciones según dicho artículo, 'no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años de su fecha'; no obstante, tal limitación no es aplicable al contenido del artículo 38 de la Ley, puesto que, conforme puntualiza en su auto de fecha 22 de julio de 1958 la Audiencia Territorial de Granada, tal limitación, según resulta del propio contenido literal del artículo 207 se refiere al principio

de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38, único que interesa a estos efectos; por lo cual es evidente que la inscripción que figura en el Registro a favor de la demandante constituye a favor de ella la presunción *iuris tantum* a que se refiere el artículo 38 de la Ley Hipotecaria».

Por lo expuesto se comprueba que este Decreto siguió la interpretación dada por la propia jurisdicción, concretamente por la Audiencia Territorial de Granada. Además, la argumentación consiste fundamentalmente en el contenido literal del artículo 207, y esto es acertado, pues alude a los «efectos respecto de tercero», y ya hemos dicho que el principio de legitimación no se plantea desde esa perspectiva del tercero, a diferencia del principio de fe pública registral.

La *Sentencia de 15 de noviembre de 1962* (Aranzadi, núm. 4.292) no sigue, al parecer la doctrina de ese Decreto de competencia, pues dice que «el demandado no tiene la posesión real de la finca, que ni se ha demostrado, ni tan siquiera se ha alegado en la instancia, así como tampoco la registral, ya que el título impugnado es de inmatriculación y la inscripción que haya podido practicarse en el Registro de la Propiedad, a tenor del artículo 207 de la vigente Ley Hipotecaria, no surte efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha». De todos modos, esta declaración de la sentencia no es esencial respecto a la línea de su argumentación, ya que el recurrente lo que planteaba era el problema del ejercicio de la acción contradictoria del dominio inscrito y respecto a este punto, la sentencia termina diciendo que, como el actor había impugnado el expediente de dominio seguido en su día y había solicitado la cancelación de la inscripción correspondiente, ello «evidencia que el Tribunal *a quo*, lejos de contravenir el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como se le acusa en el recurso, le ha aplicado acertadamente». Por tanto, no sabemos si en realidad aquella otra declaración constituye o no un *obiter dictum*; pero en cualquier caso, ha quedado superada por la presente sentencia, según hemos dicho.

La *Sentencia de 5 de noviembre de 1973* (Aranzadi, núm. 4.066) es citada por la presente en apoyo de su tesis. He aquí lo que dice su último «Considerando»: «Que en el tercero (se refiere al 'motivo' del recurso), amparado en el número 1.º del citado artículo 1.692, se denuncia la aplicación indebida del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil, porque, a juicio del recurrente, tal precepto no rige en el caso de inmatriculación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y para desestimarlos basta tener en cuenta: que las limitaciones del artículo 207 de dicha Ley se refieren sólo al principio de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38 de la referida Ley; que la inmatriculación, transcurridos dos años desde su fecha, surte plenos efectos respecto de tercero, por lo que, al consolidarse, tal limitación no existe; que, por consiguiente, la virtualidad otorgada por el párrafo 2.º del citado artículo 1.473 a la inscripción en el Registro no queda enervada por el hecho de que la misma se haya hecho al amparo del repetido artículo 205, por lo que goza de prioridad el adquirente que antes haya inscrito, y que respecto al piso cuya inscripción registral se denegó, como lo adquirió el actor por escritura pública el 17 de febrero de 1959, el otorgamiento de la misma equivale a la entrega de la

cosa, según el artículo 1.462 del Código Civil, por lo que, siendo por la *traditio ficta* el primero en la posesión, está bien aplicado el precepto cuya infracción se denuncia, lo que hace parecer a este motivo, y con él la del recurso en su totalidad».

Aunque esta sentencia tiene algunos puntos vulnerables, como son el relacionar el artículo 1.473 con el principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando en realidad está relacionado con el principio de inoponibilidad del artículo 32, y el plantear la limitación de efectos del artículo 207 como si transcurridos dos años se consolidase el derecho de quien adquirió durante ese tiempo, sin embargo, a los efectos que ahora nos interesan, hace esa declaración terminante, que es acertada, relativa a que el artículo 207 no afecta en ningún momento al principio de legitimación. Además, hay que observar que esta sentencia, de la que fue ponente el prestigioso Magistrado don Tomás Ogáyar y Ayllón, constituye un buen argumento para los hipotecaristas que patrocinan la teoría dualista del tercero (TIRSO CARRETERO, LACRUZ) frente a ROCA SASTRE, pues contempla el problema del párrafo 2.º del artículo 1.473 como ajeno al principio de fe pública registral y al tercero del artículo 34.

Con esta exposición de la jurisprudencia, puede valorarse más adecuadamente la importancia que tiene la presente Sentencia de 28 de marzo de 1979 en este aspecto concreto acerca de la interpretación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria como algo totalmente extraño al principio de legitimación registral del artículo 38 de la misma.

3.º *El tercero del artículo 207 está relacionado con el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*—En el motivo segundo del recurso interpuesto por la parte demandada, se dice en relación con la interpretación del concepto de «tercero» hecha por la Audiencia, lo siguiente: «si la interpretación... puede ser cierta en concordancia con el artículo 34, que para nada juega en este caso, no lo es en modo alguno con el concepto que de 'tercero' se delinea en el artículo 207 de dicha Ley, que es simplemente, y así debe entenderse, todo aquel que no ha jugado en el asiento registral, y no el adquirente del inscribiente, como exige y postula la sentencia recurrida».

En relación con esto, la presente sentencia del Tribunal Supremo, aunque no define de modo expreso el concepto de «tercero» del artículo 207, se deduce que parte de la base de tratarse del tercero del artículo 34, pues hemos leído antes en ella lo siguiente: «situado aquel artículo 207 en la línea de la fe pública registral es obvio que en su exégesis no puede prescindirse de la interpretación sistemática y, por ende, de lo estatuido en el fundamental artículo 34 de dicha Ley, y de aquí que, en cuanto a los requisitos que deberán concurrir para su aplicación no podrán ser otros que los descritos en esta norma». Todo esto significa, en mi opinión, que la sentencia parte del concepto de tercero resultante del artículo 34, frente a la opinión del recurrente.

En este punto, existen también diferentes interpretaciones por parte de la doctrina de los autores.

Una tendencia que puede considerarse mayoritaria, entiende que el «tercero» al que se refiere el artículo 207 no es el tercero del artículo 34, sino el dueño real de la finca con título anterior no inscrito, o sea, el «tercero civil» al que no perjudican los efectos de la inmatriculación

en esas condiciones del artículo 207. Así, por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, después de referirse al tercero del artículo 34, dice que ello «no implica que la Ley Hipotecaria en otros artículos pueda usar la palabra tercero sin referirse al tercer adquirente. Así creemos sucede —sigue diciendo VALLET— en los artículos 28 y 207, que, a nuestro parecer, emplean el término tercero, referido no al subadquirente, sino al titular de un derecho anterior a la relación inscrita». Y al final de su estudio propone sustituir el término «tercero» del artículo 207, de modo que este precepto debiera decir que tales inscripciones no surtirán efectos «contra el verdadero propietario y sus causahabientes, ni contra el titular de un derecho real en la finca inmatriculada y anterior a la inmatriculación...» («Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral», *R. C. D. I.*, año 1947, núms. 230 y 231, págs. 465 a 480) LACRUZ-SANCHO se adhieren a esta opinión de VALLET «considerando tercero al dueño real, respecto al adquirente a título oneroso del inmatriculante», conforme a la Sentencia de 28 de julio de 1931 que interpretó la ley anterior en tal sentido (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 247, nota 11).

Otros autores definen el tercero del artículo 207 como el del artículo 34. En esta línea se manifiesta ROCA SASTRE, diciendo: «Para nosotros, este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario*, o derechohabientes sucesivos, que *durante el plazo* indicado de los dos años haya adquirido, sin perjuicio de que tal medida se dirija a *salvaguardar el derecho del propietario real (verus dominus)* o de sus *derechohabientes*» (*Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, pág. 855). Y a continuación fundamenta su interpretación en la relación que el precepto mantiene con el artículo 34, por tratarse de una suspensión durante dichos dos años de la fe pública registral.

Mi opinión es la siguiente: desde la perspectiva de la interpretación histórica exclusivamente, habría que mantener la idea de que el tercero del artículo 207 es el dueño real, pues así resultaba de los textos legales anteriores que empleaban la expresión no surtir efectos *contra tercero*. Esta expresión significaba que el tercero no era el del artículo 34, pues si así fuese tendría que haberse utilizado la expresión contraria: «no surtir efecto en beneficio de tercero». En el texto refundido vigente se cambió precisamente la frase por esa otra de no surtir efectos «respecto a tercero», que es lo suficientemente amplia como para permitir ambas interpretaciones. Ahora bien, en mi opinión, lo que interesa no es propiamente el concepto de tercero del artículo 207, sino delimitar el ámbito de aplicación del precepto, que no es otro que el de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Dicho esto, da igual decir que el tercero del artículo 207 es el *verus dominus* frente al tercero del artículo 34, que interpretar que dicho tercero es el del artículo 34 frente al *verus dominus*. Y es que estamos ante el problema de la reversibilidad del concepto de tercero, o sea, ante la característica de «tercero posicional», a que aluden CALIXTO GARCÍA y MARÍA GARCÍA (*R. C. D. I.*, núm. 508, «El tercero civil, el tercero hipotecario y su protección en nuestro Derecho»).

Precisamente la sentencia que comentamos no se refiere expresamente al concepto de «tercero» del artículo 207, sino al problema de la

relación entre ese precepto y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Claro está, que desde esta perspectiva parece mucho más lógica la interpretación de ROCA SASTRE de considerar como tercero del 207 al del 34, pues la interpretación opuesta se presta a algunas posibles confusiones, como la de entender *a sensu contrario* —lo que sería absurdo— que pasados dos años quedaría perjudicado el *verus dominus*, aun en sus relaciones con el inmatriculante, pues si se llama a aquél «tercero» no se ve la forma de limitar y evitar este resultado. A título defensivo, cabría señalar, como hacen LACRUZ-SANCHO, que esa limitación temporal es sólo en las relaciones entre «el dueño real» y el adquirente, no entre el inmatriculante y el dueño real. Pero, si se denomina tercero a éste, no hay razón para esta distinción. El mismo problema se plantea en el artículo 28 a propósito de las relaciones entre heredero aparente y heredero real, en que no porque pasen dos años va a ser preferente aquél sobre este último.

Por todo ello, parece mejor interpretar en la legislación vigente que el «tercero» a que alude el artículo 207 es el del artículo 34, respecto al cual se suspenden los efectos protectores de la fe pública registral cuando adquiere dentro de los dos años de suspensión. Obsérvese, además, que la Sentencia de 22 de noviembre de 1963 relaciona el artículo 207 con el requisito de previa inscripción del artículo 34, problema éste en el que ahora no entramos, por no haber sido discutido en el presente caso.

Aunque tampoco haya sido planteado en el supuesto de la sentencia que se comenta, es interesante resaltar que si el artículo 207 hay que contemplarlo dentro del ámbito de la fe pública del artículo 34, esto puede significar, para quienes defiendan la llamada tesis dualista del tercero (que consiste en defender que el tercero del artículo 32 no ha de reunir los mismos requisitos que el del 34, por tratarse de un supuesto muy diferente), que aquel artículo 207 es totalmente ajeno al tercero del artículo 32, cuyo prototipo lo representa, en el caso de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, el comprador que primero inscribió frente al otro comprador que no lo hizo. Pues bien, parece que la limitación temporal de efectos del artículo 207 no se aplica a ese supuesto del artículo 1.473 del Código Civil.

En este sentido se pronuncian varios autores. ALONSO FERNÁNDEZ dice que la inscripción de inmatriculación produce efectos antes de los dos años, a partir de su fecha, entre ellos «los del artículo 1.473 del Código Civil, que por sus términos absolutos declara que pertenece la finca, en caso de doble venta, al adquirente que antes la haya inscrito, pues, como dice GAYOSO ARIAS es un efecto de la inscripción instantáneo que se produce de una vez». VILLARES PICO es también partidario de ese efecto instantáneo patrocinado por GAYOSO, añadiendo que «el Tribunal Supremo confirma ese criterio en las Sentencias de 14 de abril de 1898, 27 de junio de 1899 y 18 de enero de 1918, sentencias fundadas en el artículo 1.473 como excepción al párrafo último del artículo 396 de la (anterior) Ley Hipotecaria» (en su libro *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español*, págs. 33 y siguientes).

El propio ROCA SASTRE, decidido partidario de la tesis monista del tercero, dice a propósito del similar supuesto del artículo 28, algo sorprendente para los «monistas», y es que el artículo 28 no se aplica al caso de doble venta realizado por el heredero aparente. Esto significa

que el problema de la doble venta es totalmente extraño a la suspensión de efectos de los artículos 28 y 207, y si esto es así, bien podría decirse que el principio de fe pública registral poco tiene que ver con el caso de la doble venta, al que se refieren en cambio los principios de prioridad e inoponibilidad (art. 32).

4.ª *La medida superficial resultante de una inscripción de exceso de cabida no está protegida por la fe pública ni durante los dos, ni después.*—Esta es la última de las declaraciones de la sentencia que se comenta.

Para delimitar el ámbito de esta doctrina, conviene hacer una serie de precisiones.

Ante todo, la sentencia no excluye que el principio de legitimación registral se extienda, con su presunción *iuris tantum* del artículo 38, párrafo 1.º, a los datos descriptivos y concretamente a la medida superficial. Para llegar a esta conclusión, nos fundamos en que la sentencia distingue claramente entre los principios de legitimación y de fe pública en el mismo «Considerando» en que hace esa declaración, refiriendo el de legitimación al supuesto del artículo 38 y el de fe pública al del artículo 34, por lo que la expresión «fe pública» no tiene en esta sentencia un sentido general comprensivo de ambos principios hipotecarios, sino el sentido propiamente dicho de «principio hipotecario de fe pública registral del artículo 34». Todavía es más significativo lo que se lee en el «Considerando» poco antes de esa declaración sobre la fe pública, y es que se dice que «en lo relativo al principio de legitimación del Registro, no se plantea por los recurrentes cuestión alguna que guarde conexión directa con lo prevenido en el párrafo primero del repetido artículo 38, presunción *iuris tantum* sentada en él que, por otra parte, ha sido desvirtuada, en orden a la medida superficial del inmueble inscrito a favor de los impugnantes por la oportuna prueba en contrario». De aquí se desprende que el Tribunal Supremo considera aplicable la presunción *iuris tantum* derivada del principio de legitimación registral al dato descriptivo de la medida superficial, pues es la única forma de interpretar esa declaración de que se ha desvirtuado en este caso la medida superficial inscrita mediante la prueba en contrario.

Hecha esta importante precisión y delimitación, no siempre matizada por la jurisprudencia, centrémonos ahora en el principio de fe pública registral en relación con la medida superficial.

En términos generales, esta sentencia sigue la opinión dominante que excluye del ámbito de la fe pública el dato de la medida superficial. Por todos puede citarse en este sentido a ROCA SASTRE, que dice: «La presunción registral de exactitud (del art. 34) ampara únicamente los datos jurídicos, no los datos de hecho del Registro, tales como los relativos a extensión y la situación de una finca». «La fe pública del Registro sólo cubre las inscripciones de derechos y no las de hechos; el tercero que confía en la descripción registral de una finca no queda protegido» (*Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, pág. 617).

Por mi parte, nunca me había dejado totalmente satisfecha esta interpretación, sobre todo respecto a datos esenciales como son los linderos y la medida superficial de la finca. He dicho repetidas veces que lo «físico» es también «jurídico», pues delimita el objeto del derecho y, por tanto, afecta a la titularidad, y que ésta podría quedar en «cero»

si se olvida el aspecto físico. «¿De qué le vale al adquirente confiar en el principio de fe pública registral cuando compra una finca de cien hectáreas por ejemplo, si luego se le dice que sólo adquirió una hectárea y que la fe pública no se extiende a los linderos y superficie que figuran en el Registro?»

Las razones de que la fe pública registral no siempre se extienda a los linderos y a la medida superficial hay que buscarla por otros caminos. Como obstáculo para la aplicación de la fe pública en estos casos, están: 1.º La imprecisión o indeterminación de las propias descripciones, pues lo que resulta de la medida superficial puede no concordar con los datos de linderos; 2.º La posible contradicción de inscripciones de las fincas colindantes, dando lugar, en muchos casos, a superposición de superficies si se comparan al pie de la letra; 3.º La falta de buena fe del adquirente, etc.

Por tanto, no es que la medida superficial y los linderos sean importantes en todos los casos para entrar en el artículo 34, sino que hay una serie de circunstancias que limitan u obstaculizan dicha entrada en la mayor parte de los casos. Pero una cosa es eso y otra formular la teoría general indiscriminada de que la fe pública registral no se extiende a los datos descriptivos.

Las vacilaciones de la doctrina en algunos supuestos, confirman que no van por el camino adecuado en esta cuestión. Así, ROCA SASTRE, pocas líneas después de lo antes expuesto, añade: «Hasta aquí, la norma de que la fe pública registral no se extiende a los datos registrales de mero hecho. Sin embargo, hay casos en que no es sencillo precisar cuándo se está ante una pura circunstancia de hecho o frente a un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica». Creo que aquí está el *quid* de la cuestión. Pero como esta frase aparece muy escondida y en letra pequeña ha prevalecido la doctrina general que señala en letra grande.

En realidad, eso es lo cierto cuando existe una inscripción independiente de exceso de cabida: que no es sencillo precisar si estamos ante un dato de hecho no cubierto por la fe pública, o más bien ante un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica. Me inclino por esto último, pues en otro caso no tendría ningún efecto la inscripción de exceso de cabida, lo cual es absurdo. Prescindo ahora de comentar los excesos de cabida con base catastral a que se refiere el artículo 298 del Reglamento Hipotecario (me ocupé detenidamente de ello en el estudio «Dos distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», *R. C. D. I.*, núm. 522, septiembre-octubre 1977, págs. 949 a 1042). Lo que quiero resaltar es que la Ley Hipotecaria prevé la inscripción de excesos de cabida en el artículo 200 al tratar de la inmatriculación de la finca, estableciendo, entre otros medios, el del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; y como el artículo 207 se aplica a las inmatriculaciones realizadas conforme al artículo 205 y entre ellas están las «inmatriculaciones de excesos de cabida», por imperativo del artículo 200, resulta que a tales inmatriculaciones se les aplica la limitación temporal de suspensión de efectos durante dos años.

Por tanto, con la ley en la mano hay que llegar a la conclusión contraria a la de esta sentencia, pues en otro caso, no se explicaría la referencia del artículo 200 al 205, que a su vez está limitado por el artículo 207. En la práctica se sigue esta orientación y no la de la sentencia, ya

que al practicar la inscripción del exceso de cabida conforme al artículo 205, se dice que es sin efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.

La presente sentencia y la jurisprudencia anterior que cita la misma se han dejado impresionar por SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE, que no dan ningún valor ni efecto a las inscripciones de exceso de cabida, lo cual es absurdo desde la perspectiva legal. Hay que reconocer, no obstante, que ROCA SASTRE dice que en algunos casos de exceso de cabida, como los derivados de accesión y de deslinde, sí tiene efectos tal inscripción. Pero el artículo 200 no hace estas distinciones.

Insisto en que, por otros caminos y a través de diferentes razonamientos, puede minimizarse la eficacia del dato de la medida superficial inscrita, pero no con doctrinas generales apriorísticas.

De todos modos, en el presente caso, la sentencia no había tenido necesidad de hacer una declaración tan contundente sobre esta materia, pues el titular registral del exceso de cabida no era tercero hipotecario del artículo 34, ya que fue él mismo el que obtuvo la inscripción a su favor, de tal exceso. Para que pueda hablarse de tercero del artículo 34, hay que imaginar que dicho titular, una vez obtenida la inscripción del exceso de cabida, transmita la finca con dicho exceso a un tercero. Este adquirente que confía en el exceso de cabida inscrito es un tercero del artículo 34, no el que inmatriculó el exceso. Y no es que haya que aceptar al milímetro el dato superficial de la inscripción, sino que se trata de no desconocer en absoluto una inscripción autónoma e independiente por la que se demostró que la finca tenía una mayor superficie que la que el Registro reflejaba con anterioridad. No nos interesa el *quantum* del exceso —para así seguir *de algún modo* la corriente dominante—, sino el *quale* de la inscripción de exceso de cabida, para dar a ésta algún contenido y efectos respecto a tercero, fuera ya del plazo de suspensión del artículo 207.

J. M. G.^a G.^a

II. DERECHOS REALES

NO EXISTE CONTRADICCION EN EL FALLO AL ESTIMAR LA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y EN CAMBIO DESESTIMAR LA ACCION REIVINDICATORIA SIMULTANEAMENTE EJERCITADA, POR ENTENDERSE QUE LA PORCION REIVINDICATORIA QUEDA FUERA DE LOS LIMITES DEL DOMINIO DECLARADO A FAVOR DEL ACTOR (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Don Francisco L. Calvo presentó demanda contra doña María R. Carabán, don Avelino V. Rey, Don Manuel A. Forján, doña María F. Calvo, don José S. Calvo y doña María M. Balsas sobre reivindicación y acción negatoria de luces, alegando que por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad de Padrón desde el 20 de octubre de 1970, el actor había comprado la finca de 7 áreas 35 centiáreas denominada «Agro Do Torno»; que los demandados Manuel A. Forjas y María F. Calvo vienen ocupando por mera tolerancia de los anteriores propieta-

rios una «chabola» habiéndose propasado en los últimos tiempos a una zona colindante con dicha «chabola» a costa del terreno del primitivo acceso de la finca; que los otros demandados, según el actor, se habían confabulado con los últimamente citados para inventar un hipotético título a favor de ellos; que otros demandados habían construido recientemente un edificio que limita por su viento Sur con la finca del actor abriendo ventanas sobre ella, sin guardar distancia alguna. Por todo ello entiende que deben ser traídos al pleito todos los demandados para que se reconozca y consienta el dominio del actor. Suplica se dicte sentencia declarando: 1.º Que el actor es dueño de la finca «Agro Do Torno» descrita en el hecho primero de la demanda; 2.º Que los esposos don Manuel A. Forján y doña Mía F. Calvo están obligados a desalojar y a entregar al actor las dependencias y terrenos que ocupan dentro de dicha finca descrita en el hecho primero de la demanda; 3.º Que los esposos don J. S. Calvo y doña María M. Balsas están obligados a cerrar y tapiar las ventanas que abrieron hacia la finca del actor, que está libre de toda servidumbre de luces y vistas en beneficio de aquéllos.

Los demandados se oponen alegando su título de dominio sobre una vivienda que no es chabola y que figura desde muchísimo tiempo en el Registro Fiscal de la localidad a nombre de don Avelino Vidal.

El Juez de Primera Instancia número uno de Santiago dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando que la finca descrita en la demanda bajo la denominación de «Agro Do Torno» es propiedad del actor, condenando a los demandados a estar y pasar por la presente declaración y a consentirla. Pero desestima dicha demanda en el resto de sus pretensiones.

Apelada la anterior sentencia, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los dos primeros motivos que por el cauce de los números 2.º y 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian incongruencia con violación del artículo 359 de la citada Ley no tienen prosperabilidad puesto que no existen declaraciones contradictorias en el fallo ya que si bien éste admite la acción declaratoria, desestima la reivindicatoria por entender que la finca que se pretende reivindicar está en el límite de la que el actor adquirió y por tanto no le pertenece».

«Considerando que también deben correr la misma suerte desestimatoria los motivos tercero y cuarto en que por la vía del número 1.º del ya citado artículo 1.692, se denuncia respectivamente la violación del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil y doctrina legal que cita y la del 582 del propio cuerpo legal, ya que en el primero se hace supuesto de la cuestión, entendiéndose, en contra de lo declarado por la Sala de instancia, que la parcela reivindicada se encuentra comprendida dentro de los linderos de aquella cuya propiedad se reconoce al actor y respecto al último el éxito de la acción negatoria de servidumbre tenía como base necesaria el éxito de aquella acción reivindicatoria ejercitada respecto al fundo colindante».

PROPIEDAD INDUSTRIAL

NO ES INDISPENSABLE PARA PEDIR LA NULIDAD POR CADUCIDAD DE UNA MARCA HABERSE PREVIAMENTE AGOTADO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. LA ACCION DERIVADA DEL ARTICULO 269 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL NO SE PUEDE EJERCITAR POR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 270 DEL MISMO ESTATUTO, SINO POR LAS DIMANANTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1980).

Hechos.—«A» inscribe en el Registro de Empresas Periodísticas en 30 de abril de 1971 la marca *Personas* para designar una publicación periódica. «B» inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial la marca *Personas*, número 1 el 29 de octubre de 1970 para designar determinados artículos de vestimenta. El 24 de febrero de 1971 «A» trata de inscribir en el Registro de la Propiedad Industrial la marca *Personas* para designar una publicación periódica, lo que le es denegado por la oposición «B», inscribiendo este último dicha marca para designar una publicación periódica a su favor el 16 de noviembre de 1972. Como consecuencia de todo ello «A» demanda a «B» por el procedimiento del artículo 270 del Estatuto de la Propiedad Industrial obteniendo una sentencia de la Audiencia Territorial en la que se declara la nulidad por caducidad de la marca *Personas* inscrita a favor de este último.

«B» entabla recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, basándose, entre otros, en el siguiente motivo, único en cuyo estudio entró la Sala: abuso en el ejercicio de la jurisdicción, pues hallándose el recurso de reposición pendiente de resolución no podía acudir a la vía Civil sin agotarse previamente la Administrativa. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estudiando el motivo enunciado lo desestima y previamente a los demás motivos, entendiendo ser las cuestiones de procedimiento de orden público establece igualmente la doctrina del enunciado con los siguientes considerandos:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que deben considerarse dos momentos diferentes en el tratamiento de las marcas y de su acceso al Registro; uno consecuencia del expediente que origina su ingreso, y que termina por un acto administrativo, cual es la concesión o denegación de la inscripción. ., y otro, en que ya finalizada la actuación de la Administración y obtenida la inscripción de la marca en el Registro, se ha logrado una declaración, un título de propiedad de la marca garantizada por el Registro mismo, que precisa para atacarla e invalidarla un verdadero juicio contradictorio de propiedad, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria, como lo demuestra, además, el que se ventila entre los que se consideran con derecho a ella, sin intervención de la Administración cuya actividad ha cesado con el acto firme de la inscripción o denegación.

Considerando que el ejercicio de los recursos Administrativos y Contencioso-Administrativos, no es obligado para el opositor al que se desistió su oposición, sino simplemente «potestativo»... que no puede ne-

garse a los particulares el derecho de obtener en la vía civil una declaración que les faculte para mantener el libre disfrute de la posesión, siempre que el juicio que se promueva verse sobre la nulidad del registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, ya que en tal supuesto la acción no se dirige a impugnar el expediente de concesión, sino la titularidad de ésta... según el artículo trece (del Estatuto) todas las cuestiones de propiedad y dominio serán de la competencia de los Tribunales de justicia, competencia que el artículo doscientos sesenta y ocho atribuye a las Audiencias Territoriales, por el procedimiento que establece el artículo doscientos setenta, o por las normas competenciales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos no comprendidos en el precitado artículo doscientos sesenta y ocho tal como dispone el artículo doscientos sesenta y nueve.

Considerando que las cuestiones de competencia y procedimiento son de orden público, lo que obliga a su examen de oficio... dado que la pretensión actora concretada en el *petitum* de su demanda, no se propone ni encamina a obtener una declaración de nulidad de las marcas conforme al Registro de la Propiedad Industrial, sino que lo que se discute y pretende es una declaración de nulidad impropia, por virtud de una adquisición de dominio al margen del Registro y una declaración de nulidad por caducidad de la marca inscrita por el demandado y usada por la entidad actora, la acción que se ejercita no es la de nulidad del artículo doscientos sesenta y ocho del Estatuto, sino la comprendida en el artículo doscientos sesenta y nueve, y tales pretensiones no pueden ser sustanciadas ni decididas por las normas procesales de trámite establecidas en el artículo doscientos setenta del tan repetido Estatuto, sino por las de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. J. F. F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DECLARACION DE DERECHOS: SE HABLA EN TODOS LOS DOCUMENTOS APORTADOS DE «SUBARRIENDO», POR LO QUE NO TIENE EFICACIA LA PRESUNCION GENERICA DE QUE LA RELACION EXISTENTE ENTRE LAS PARTES CUANDO SE CEDE UNA FINCA POR PRECIO CIERTO ES UN ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1979).

El arrendatario solicita de los herederos del primitivo propietario su declaración como tal colono, ya que figuraba como subarrendatario, por lo que, transcurridos seis años, aquéllos pretendieron la extinción de la relación existente entre ambas partes.

El Juzgado de Chiclana desestimó la demanda así como la Audiencia de Sevilla, en la apelación. Tampoco prospera el recurso de revisión. No hay error en la apreciación de ambas instancias de que el contrato era de subarriendo, sosteniendo el recurrente que había simulación re-

lativa con interposición de persona que encubría un verdadero arrendamiento, habiendo dicho la sentencia de Primera Instancia que no se acredita la simulación pretendida, lo cual ha quedado incólume en este trámite, pues los tres documentos privados en que se basa la impugnación son inhábiles a estos efectos, ya que fueron tenidos en cuenta y examinados por el Juzgador apreciando la claridad de sus términos literales, pues hablan constantemente de subarriendo, por lo que, lejos de contradecir lo declarado judicialmente vienen a confirmarlo, no alegándose otro dato que acredite cuanto sostiene el recurso que se apoya en elementos que no figuran en los documentos aducidos con independencia de que, siendo el primer contrato de 1964, es evidente que el tiempo legal del mismo con su prórroga había pasado con exceso al interponerse la demanda en 1976. La presunción genérica establecida por el artículo 1, número 2, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de que existe arrendamiento rústico cualquiera que sea la denominación utilizada al ceder una finca por precio, carece de eficacia cuando se acredita que era un subarriendo, como ocurre en este caso.

RETRACTO: NO PROCEDE, YA QUE DADA LA PROXIMIDAD DE LA FINCA ARRENDADA AL CASCO URBANO, CARRETERA Y PLAYA, NO TIENE EL CARACTER DE RUSTICA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Los arrendatarios piden el retracto de la finca que cultivan que, según la heredera de la arrendadora había sido vendida en instrumento público, sin que el comprador haya notificado a los arrendatarios, celebrándose el oportuno acto de conciliación en el que el comprador reconoció el arrendamiento de los actores. Consignado el precio señalado en la escritura de compraventa se solicita el retracto ante el Juzgado de Gandía, referido a las parcelas cultivadas por los actores de entre las vendidas. El demandado contestó oponiéndose, con base en que las fincas retraídas no son rústicas, sino urbanas, incluidas en el Plan Parcial de Ordenación de la Zona. El Juez rechazó la demanda, confirmándolo la Audiencia de Valencia.

El recurso no tiene éxito. El Juez de instancia ha llegado a considerar como no rústicas las fincas en cuestión, no por su situación en zona de ensanche o extensión en núcleo afectado por planes de ordenación, ya que éstos no han sido aprobados, sino simplemente por el desarrollo urbanístico que ha tenido lugar en el ámbito topográfico que circunda dichas fincas, apreciando la mutación objetiva de los predios por su proximidad al casco urbano, carretera y playa de Gandía, lo que produce una sobrevaloración que excede del doble del precio que en el mercado tenían las fincas aludidas en relación con otras dedicadas a igual cultivo y de pareja calidad, lo que las priva del carácter rústico, conforme al número 3 del apartado 1.º del Reglamento. El hecho de que las fincas estén labradas, con braceros trabajando, no las provee necesaria y legalmente de la naturaleza rústica, porque ello no elimina su proximidad al casco urbano y a la playa, tanto más cuanto que el

hecho de que una finca urbana esté cultivada no la priva de su carácter de tal. Desprovista la finca de su carácter rústico, no procede el retracto que se pretende con el ejercicio de esta acción.

DESAHUCIO: *CUANDO SE PRESENTO LA DEMANDA YA HABIA TERMINADO EL PLAZO CONTRACTUAL DEL ARRENDAMIENTO, SIN QUE HAYA EXISTIDO AVISO PREVIO PARA SU PRORROGA* (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1979).

El contrato de aparcería de 1962 se transformó en arrendamiento en 1966 y, concluido el plazo, sin preaviso de prórroga, se solicita el desahucio del colono ante el Juzgado de Medina de Rioseco que no admite la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó esta sentencia y declaró el desahucio.

El Tribunal Supremo no admite la revisión pretendida. Cualquiera que sea la fecha del arrendamiento: 1966 ó 1970, al presentarse la demanda en 1978, habían transcurrido con exceso los seis años que la ley impone como mínimo de vigencia contractual a favor del arrendatario estando extinguido el arrendamiento por expiración del plazo, supuesta además la no petición de prórroga en momento oportuno. Se alega el error de hecho en la apreciación de las pruebas, citando el documento de aparcería, precedente del verbal de arrendamiento, afirmando, de modo incomprensible, que dicho documento figura fechado en 1972, cuando la fecha realmente estampada es la de 1962. Careciendo dicho documento, por otra parte, del carácter de auténtico, al no decir ésta la que el recurrente quiere que diga, no contradice la apreciación de la prueba hecha por el juzgador. Con esta alteración de fechas se pretende que el contrato no se haya extinguido aún en 1978, cuando se interpone la demanda, con evidente mala fe por parte del recurrente, lo que impone la desestimación del recurso.

RECLAMACION DE CANTIDAD: *EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO CONTIENE NORMAS SOBRE LA VALORACION LEGAL DE LA PRUEBA. NO PUEDE FUNDARSE EL RECURSO EN UN PRECEPTO DE LA LEGISLACION FISCAL* (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1979).

Entre las obligaciones de los arrendatarios estaba la del pago de la cuota proporcional de la Contribución Rústica por pacto expreso, constando en dicho documento el afianzamiento solidario del padre de los arrendatarios. Los pagos se efectuaron normalmente hasta 1975, pero después se demoraron en este pago, por lo que tuvo que hacerlo la actora, quien reclama el abono de lo satisfecho por este concepto ante el Juzgado de Morón de la Frontera, reclamando 327.839 pesetas más los intereses legales y costas del pleito. Los demandados alegan que se pide más de lo que se debe, no sólo porque comprende la cantidad exigida fincas no arrendadas, sino también porque en ella se incluye una san-

ción de la que no fueron culpables los colonos, siendo además el canon arrendaticio superior a los ingresos imputados a las fincas arrendadas, por lo que no procede pagar nada, por ningún concepto.

El Juzgado estimó en parte la demanda condenando a pagar la cantidad de 104.668 pesetas más los intereses legales. La Audiencia de Sevilla estimó en parte el recurso de los actores y desestimó el de los demandados, condenando a éstos a pagar la suma de 302.096 pesetas y desestimando la reconvencción de los demandados.

No tiene éxito el recurso de revisión. La sentencia apelada rebaja la cantidad en la cuota de la Contribución Rústica, correspondiente a las hectáreas no arrendadas y sujetas al impuesto, lo cual se deduce de lo actuado por el perito en diligencia para mejor proveer, constituyendo esto, según los recurrentes, injusticia notoria, pero el artículo 1.214 del Código Civil que se cita como infringido no contiene principios de valoración legal, impuestos por el legislador a los órganos jurisdiccionales, pretendiendo el recurrente combatir el valor de la prueba pericial y asimismo en el motivo segundo se denuncia el error en la apreciación de la prueba involucrando el error de hecho y el de derecho, queriendo que prevalezca su criterio sobre el más ponderado de la Sala. El motivo tercero, por el que se pretende que han de devolverse las cantidades pagadas de más por los arrendatarios al ser el canon arrendaticio superior a los ingresos imputados a las fincas arrendadas, no se funda en ningún precepto sustantivo, sino fiscal, haciendo supuesto de la cuestión contra lo afirmado por la Sala de que Hacienda desconoce el contrato de arrendamiento existente y, por tanto, es inaplicable el precepto del artículo 40 del Texto Refundido de la Contribución Rústica, en el que se basaba el recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO PROCEDE PORQUE SE TRATA DE UN NUEVO CONTRATO Y NO DE LA PRORROGA DEL ANTERIOR, COMO PRETENDEN LOS ACTORES (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1979).

Según los actores, la finca arrendada al padre del demandado se cedió al hijo, consintiendo en ello el propietario en 1971 por seis años, que era el plazo de prórroga contractual del arrendamiento primitivo. Al concluir el plazo se niega a dejar la finca para realizar la preparación de las tierras para el año siguiente, por lo que se pide la resolución del contrato ante el Juzgado de Arévalo. El demandado alegó que no se trataba de la prórroga del anterior arrendamiento, sino de un nuevo contrato del que no ha terminado aún el plazo legal fijado en el Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

Triunfa la tesis del demandado en el Juzgado y en la Audiencia. Igualmente prospera en el Tribunal Supremo. El problema debatido es el valor del documento de 1971: si se trata de una prórroga del anterior contrato o uno nuevo, que modificó el primitivo, postura ésta que fue la estimada por la sentencia de Primera Instancia, con base en la prueba que se practicó y, especialmente como interpretación del indicado documento que ha quedado incólume, ya que los motivos fundamentales

incurren en el defecto formal de no indicar el cauce procesal en que se basan y, por consiguiente, al desestimar la petición principal se hace innecesario entrar en el estudio de los pedimentos accesorios. No se impugna tampoco la interpretación del Juez de instancia, alegando la infracción de los preceptos de alguno de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, por lo que el recurrente hace supuesto de la cuestión al afirmar que el contrato no es nuevo, sino una prórroga indebida e ilegal del anterior.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PROCEDE POR NO HABER DEJADO LAS FINCAS ARRENDADAS A DISPOSICION DEL PROPIETARIO PARA QUE REALICE LAS LABORES PREPARATORIAS DEL CULTIVO, CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1980).

Antes de concluir el arrendamiento, no se dejaron las fincas para realizar las labores preparatorias para el año siguiente, alegando los colonos que no los abonaran hasta llegada la fecha de extinción del contrato. Llegada ésta y abandonadas las fincas, con diversos daños causados en ellas, se solicita indemnización de éstos ante el Juzgado de Utrera, que estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados al pago de una cantidad inferior a la reclamada por los actores. La Audiencia revoca en parte esta sentencia, aumentando la cuantía de la indemnización sin conceder lo pretendido por los actores como resarcimiento por la extinción de las relaciones laborales, cuya acción puede ser reproducida ante la jurisdicción competente.

El recurso de revisión interpuesto por los demandados no tiene éxito. Existen unos daños originados por la negativa de los arrendatarios salientes a la realización de labores preparatorias por los propietarios de la finca, que no había tenido en cuenta la obligación de los últimos de permitir lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos. Estas labores habían de ser hechas antes del vencimiento de la fecha del contrato y no después de ésta, como pretenden los recurrentes, pues incluso las que se podían realizar después habían de ser precedidas por otras que habían de ser hechas antes forzosamente. No puede admitirse que los perjuicios causados por la falta de estas labores se podrían ver compensadas por una explotación racional de las tierras que proporcionaría mayor rentabilidad de las mismas sin necesidad de labores preparatorias, ya que esta mayor productividad sería en detrimento de su rendimiento futuro. Los daños sufridos por las edificaciones existentes en las fincas provienen de que los arrendatarios no efectuaron obras de reparación previstas en el contrato, sin que pueda establecerse que estos daños sean debidos a causa inevitable, originados por la antigüedad de tales edificaciones.

APARCERIA: AL CONSISTIR LA RENTA EN UNA PARTE ALICUOTA DE FRUTOS EL CONTRATO ES DE APARCERIA Y NO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1980).

La entidad propietaria de las fincas dadas en aparcería alega que el aparcero no cultiva directamente las mismas, por haber trasladado su domicilio a Barcelona, no habitando la casa ni trabajando en el lugar donde se hallan las fincas. Instado el procedimiento para el desalojo de la casa por juicio de cognición, el demandado opuso que se trataba de un contrato mixto de vivienda y aparcería, por lo que se procede a presentar la demanda basada en las normas de Arrendamientos Rústicos ante el Juzgado de Vendrell, solicitando la resolución de la aparcería, con base en la expiración del plazo. El demandado alega que no es aparcería, sino arrendamiento, la relación entre las partes. El Juzgado de Vendrell declaró resuelto el contrato, lo que confirma la Audiencia de Barcelona.

No se admite el recurso de revisión. La controversia es si se trata de aparcería, como sostiene el actor o arrendamiento, como dice el demandado, lo que resolvió el Juez de instancia en el sentido de ser una aparcería, ya que el antecesor del actual ocupante cultivaba las tierras y habitaba la vivienda, siendo el fin principal aquel cultivo, satisfaciendo al propietario una parte alícuota de los frutos y siendo considerado en el Ayuntamiento de Monntnell como un aparcero; de la confesión del demandado y de sus actos se deduce una aparcería, siendo lo principal el cultivo de las tierras y constituyendo un hecho incontrovertible el reparto por partes alícuotas de los frutos entre aparcero y propietario. El procedimiento entablado para el desalojo de la vivienda no trataba sino de desligar como contrato independiente del de aparcería, el de la vivienda ocupada por el demandado, configurándolo como de inquilinato, pero es accesorio, en todo caso, del de cultivo de las tierras en aparcería. La casa utilizada por el aparcero puede independizarse de la finca rústica a la que pertenecen las tierras cedidas para su explotación, aunque no linde con las mismas de las que es un accesorio. Aunque el Juez no precise la parte de frutos que se han de entregar, se diferencia claramente del arriendo, en que no existe obligación de entregar frutos y, en cuanto al previo aviso o requerimiento, es el único requisito que la ley establece para poner de manifiesto la voluntad del dueño de resolver el contrato, sin que estas cuestiones fueran planteadas en la instancia, por lo que procede su desestimación como cuestiones nuevas no susceptibles de ser traídas al recurso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SUBARRIENDO: EL ARRENDATARIO, COMO SUBARRENDADOR QUE ES, TENGA O NO AUTORIZACION DEL PROPIETARIO, ES EL UNICO QUE TIENE ACCION CONTRA EL SUBARRENDATARIO PARA PEDIR LA RESOLUCION DEL SUBARRIENDO (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1980).

El arrendatario de un local de negocio lo cedió en subarriendo, con autorización del arrendador, a una empresa por contrato verbal, sin plazo de duración, para un establecimiento de venta al público de prendas de confección. No interesándole la continuación del subarriendo, lo comunicó notarialmente al subarrendatario, sin que éste atendiese el requerimiento, por lo que se insta el correspondiente procedimiento para la resolución del subarriendo, por vencimiento de plazo. El subarrendatario alega que es el verdadero arrendatario del local. El Juzgado número 1 de Palencia desestimó la demanda, confirmando la Audiencia.

El recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor tiene éxito. El recurrente figura en los contratos de 1973 y 1976 como arrendatario exclusivo, a quien se faculta para usar un nombre comercial, bajo el cual giró el establecimiento, incluso al ocuparlo la entidad recurrida, que no consta en autos tuviese relación alguna con la propietaria ni trajese causa de ella sino del arrendatario a través de la autorización a éste otorgada, creándose un subarriendo sin constancia escrita y sin duración fijada, por lo que, al fijarse una renta mensual, el subarriendo era por meses, conforme al artículo 1.581 del Código Civil. Sin embargo, las sentencias de instancia no lo consideraron así, diciéndose que el subarriendo exige autorización expresa y escrita del arrendador, circunstancia que no concurre en el actor apelante que no prueba la obtención de dicha autorización. En realidad aquí hubo error de hecho, ya que por la cláusula 3.ª del contrato, la arrendadora autoriza al arrendatario para ostentar el nombre comercial indicado que supone la utilización del local por dicha entidad, titular del mismo, que, por su carácter mercantil, tiene una personalidad jurídica distinta e independiente del arrendatario, todo ello de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. La no existencia de autorización para la validez del subarriendo afecta a la resolución del arrendamiento, con amparo en el artículo 114, pero no es determinante de la relación entre arrendatario y subarrendatario que, como todo contrato accesorio, deriva del principal, pero es autónomo e independiente y, aunque falte aquélla y sea ilícito, legalmente el arrendatario siempre será subarrendador y será el único que está legitimado para accionar contra el subarrendatario, siendo de observar en este caso la inactividad de la propietaria frente al arrendatario y la instalación de la sociedad recurrida en el local arrendado, que sólo pudo traer causa del pacto verbal convenido con el arrendatario que, al expirar el término, de acuerdo con el artículo 1.581 del Código Civil, está en condiciones de utilizar la acción resolutoria de la causa 5.ª del artículo 117 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; en otro caso, de prosperar la tesis de la sentencia recurrida resultaría que

la referida entidad sin título frente a la propietaria desplazará al arrendatario de la relación arrendaticia, en cuyo lugar, de hecho y contra su voluntad, vendría a oponerse, consecuencia a todas luces antijurídica, que no puede aceptarse.

En la segunda sentencia se declara resuelto, por expiración del término, el subarriendo, procediendo condenar a la demandada a que desaloje y deje libre el local.

DESAHUCIO DE LOCAL: NO ES APLICABLE LA PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO POR TRATARSE DE CONTRATO DE TEMPORADA, SIN QUE PUEDA ADMITIRSE LA TÁCITA RECONDUCCION DEL MISMO POR PERMANECER EN EL LOCAL UNOS DIAS MAS DE LA DURACION DE LA TEMPORADA POR TOLERANCIA DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1980).

El actor cedió en arrendamiento el local sito en Playa de Aro, en el año 1972, por cuatro temporadas de seis meses cada una, contados desde Semana Santa, siendo la última temporada la de 1976, no obstante lo cual el demandado se ha negado a restituir al actor la posesión del local alegando prórroga forzosa del contrato. Para demostrar que ocupaba el local, se aprovechó de la tolerancia de la propiedad al dejarle un juego de llaves todo el año, incrementando el consumo de fluido eléctrico para preconstituir la prueba, desvirtuando la naturaleza del arrendamiento, llegando mediante acta notarial a ofrecer el pago de las mensualidades intermedias entre temporada y temporada, cuyo ofrecimiento fue rechazado. Por considerar el contrato como de temporada, se solicita el desahucio ante el Juzgado de La Bisbal, que desestimó la demanda, lo que revocó la Audiencia de Barcelona, que dio lugar al desahucio.

El recurso de casación no prospera. El hecho básico es si el contrato es permanente o de temporada, alegando el recurrente un certificado del Ayuntamiento de Playa de Aro, que demuestra la posesión durante todo el año del local arrendado. Pero no son documentos auténticos los administrativos, consistentes en certificaciones de las autoridades emitidas en virtud de noticias por ellas recibidas o según datos recogidos por los agentes, siendo el recurrente el que ha de demostrar que Playa de Aro tiene un turismo invernal, lo que no ampara ningún documento o acto auténtico, demostrativo del error que se denuncia. El permanecer quince días en el local después de acabar la temporada no supone tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil, ya que para ello sería preciso que la tolerancia en la posesión arrendaticia se refiriese a los quince primeros días de la nueva temporada y no a los días subsiguientes al fin de la extinguida, ya que la tesis contraria supondría una tácita alteración del acuerdo sobre duración temporal del arriendo, que es lo que dice el artículo 1.566 del Código Civil, siendo este cambio de la naturaleza del arrendamiento obra de la conducta de una de las partes, que es la que obtendría el beneficio, aprovechando la tolerancia de la otra, a la que puede acarrearle perjuicios por aplicación de una norma no apropiada al supuesto convenido por las partes, a las cuales no les puede afectar las consecuencias excepcionales

derivadas de una aplicación extensiva de preceptos legales, según la regla de *odiosa sunt restringenda*. El acta notarial instada por el propietario tiene la virtualidad de recordar la voluntad del propietario de extinguir el contrato antes de comenzar la temporada nueva y así evitar la reanudación de la posesión por el arrendatario.

RECLAMACION DE CANTIDAD: ES PROCEDIMIENTO ADECUADO EL ORDINARIO PARA RECLAMAR LAS RENTAS DEBIDAS POR EL ARRENDATARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1980).

En 1974 se arrendó una nave industrial por un año improrrogable, por común acuerdo entre las partes, por la cantidad de 1.800.000 pesetas, aplicándose en el caso de tener que litigar para el desalojo de la nave, la actualización de la renta con el índice de revalorización del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística, que para este período fue del 17,8 por 100. En 1976, celebrada conciliación sin avenencia, se interpone demanda, solicitando se pague la suma de 2.120.400 pesetas a la demandante. El Juzgado número 1 de Madrid rechazó la demanda por ser el procedimiento adecuado el de la Ley de Arrendamientos y no el ordinario de mayor cuantía, que es el ejercitado. La Audiencia cambió el criterio, considerando adecuado el procedimiento de mayor cuantía, estimando parcialmente la demanda y condenando a las demandadas a pagar 1.236.900 pesetas más el interés legal, absolviéndolas de los demás pedimentos de la demanda.

El recurso de casación no triunfa. El único tema es si la litis debe sustanciarse por la ley común o por la ley arrendaticia. Las demandadas han desalojado el local y hecho entrega de las llaves antes de la presentación de la demanda, lo que reconocen en la contestación de la demanda, planteándose no el tema de la extinción del contrato, sino la discusión sobre la improcedencia de la reclamación de cantidad, careciendo de eficacia lo relativo a solicitar la resolución del arrendamiento y no fundándose en derechos reconocidos al locatario en la legislación arrendaticia, la petición de tutela jurisdiccional, es trámite adecuado el del juicio de mayor cuantía, como ha declarado esta Sala en varias sentencias de 1963. La obligación de pagar a que se refiere, nace del artículo 1.555 del Código Civil y se rige por las normas del juicio ordinario, estando comprendida la acción en el artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C. R. R

V. SUCESIONES

LEGITIMA.—SU COMPLEMENTO.—DESHEREDACION TACITA. DONACION. *Artículos 815, 851 y 852 del Código Civil* (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso

de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en el motivo primero del recurso, basado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber sido aplicado por la sentencia recurrida no obstante tener como causa, los cuatro pedimentos primeros del suplico de la demanda, dicho artículo, dado que se trata de una desheredación tácita, alegándose como justificante de ello algo que ha sido contradicho y cuya certeza no ha sido probada, no tratándose tampoco de una de las causas de desheredación señaladas en los artículos 852 y siguientes de dicho Código Civil, y siendo la desheredación, en un sentido amplio, toda privación de la herencia, incluso la impuesta por la ley en los casos de indignidad para suceder, en un sentido estricto ha de estimarse como tal la privación a un heredero legítimo de la porción de herencia que por derecho le corresponde, desposeimiento que, en el caso presente, se produce, porque el actor, ahora recurrente, nada percibió de su madre antes ni después del fallecimiento de la misma, la que en la cláusula primera de su testamento afirma que «nada lega a su hijo Teodoro por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría», y si bien es cierto, dice el recurrente, que si hubiera habido alguna entrega, aunque no fuera el importe de la legítima correspondiente, la causa alegada por la testadora sería suficiente para la desheredación, tal circunstancia no aparece probada en los autos, mas, en relación a esta argumentación del recurrente, resulta obligado declarar que la alegada desheredación no se ha producido, pues si ésta tiene lugar, en términos generales, cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima que el artículo 806 del Código Civil le reconoce por alguna de las causas que taxativamente señala, en cuanto a los hijos, el artículo 853 de dicho Cuerpo legal, además de las de incapacidad que por indignidad para suceder, pudieran comprenderles de las que establece el artículo 756, conforme dispone el 852, ambos del mencionado Código sustantivo, es visto que en ninguna de ellas tiene su base la citada cláusula testamentaria, cuya nulidad en la demanda se solicita, pues en ella, y con claridad, la testadora, madre del recurrente, justifica la razón de no dejar nada a éste por herencia en el testamento ahora impugnado y que no es otra que la de «haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría».

Considerando que partiendo del hecho indiscutible de no existir, en el caso objeto del pleito origen del recurso, ninguna de las causas de desheredación a que con anterioridad se ha hecho referencia, y no habiéndose producido tampoco la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento, ha de analizarse si contrariamente a lo que aquélla afirma, y el recurrente niega, hubo la entrega de bienes en la cuantía que en la cláusula primera del testamento se indica o si, al menos, hubo alguna donación aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle, pues sabido es que las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, han de imputarse a su legítima, y así lo proclama, en su párrafo primero del artícu-

lo 819 del Código Civil, ya que tales donaciones se consideran como un anticipo de la misma, y al declarar la sentencia recurrida que la única acción que compete al actor recurrente es la de complemento de legítima si entiende que lo recibido no alcanza al importe cuantitativo de ella, viene a reconocer la certeza de la declaración fáctica que la resolución de primer grado hace en el sentido de afirmar que aquél recibió, como bienes donados por su madre en vida de la misma, los que en ella se relacionan, pues si bien no aparece expresamente aceptado por la Sala de instancia el Considerando en que tal hecho se afirma como acreditado, tampoco lo rechaza y, por el contrario, de los términos de la resolución impugnada claramente se deduce que el demandante, hoy recurrente, recibió, en vida de su madre la testadora, por dichas donaciones, bienes en cuantía inferior a lo que legítima le podía corresponder, siendo lo único que, con relación a este primer pedimento de la demanda, la sentencia recurrida rechaza con respecto a lo resuelto en primer grado y que fue objeto de apelación, la tesis mantenida por el Juzgado de Primera Instancia al declarar que lo dispuesto en el artículo 815 en orden a la facultad que al legitimario que hubiere recibido, por cualquier título, menos de la legítima para pedir el complemento de la misma, no obsta para que, como el demandante ha hecho, pueda pedir la nulidad de la cláusula testamentaria correspondiente, y, contrariamente, la Sala sentenciadora afirma con acierto, que en este caso el único derecho que asiste al heredero forzoso es el de pedir el complemento de su legítima, y al argumentar el recurrente, en la forma en que lo hace al desarrollar el motivo, está haciendo supuesto de la cuestión, sin combatir esa apreciación fáctica, pretendiendo únicamente, en cuanto a la misma, sustituir por el suyo propio el más autorizado criterio de la Sala de instancia, lo que hace que el motivo haya de rechazarse, pues el heredero forzoso, como el recurrente, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido y sólo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del citado artículo 815, que le faculta para pedir la integridad de esa porción hereditaria cuando el testador le haya privado de parte de ella.

Considerando que el motivo segundo, y último, amparado como el anterior en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 819 del Código Civil, en cuanto la Sala sentenciadora estima que la testadora entregó al hoy recurrente «algo equivalente a su legítima» y que, según dicho precepto legal, son donaciones que han de imputarse a tal legítima, pues la acción de complemento de ésta es procedente cuando el testador, ciertamente, ha entregado algo al legitimario, pero no cuando, como en el presente caso, el actor niega haber recibido alguna donación, motivo éste que ha de ser desestimado como consecuencia ineludible de la desestimación del anterior, pues al haber recibido por donación algunos bienes en vida de la testadora, como ya ha quedado expuesto, tal donación o donaciones han de imputarse a la legítima, conforme indica el citado artículo en su párrafo primero, por lo que, lejos de haber sido erróneamente interpretado, el Tribunal de instancia ha hecho una acertada exégesis del mismo.

TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1981).

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 contra la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de la misma población, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que toda la cuestión litigiosa planteada en el pleito y ahora en este recurso extraordinario gira en torno del preferente derecho que la actora alega tener frente al actual y legal poseedor del título discutido, denominado Marquesado de A., fundado en que aquélla, al descender genealógicamente de una hermana mayor respecto de una hermana menor, de la que el demandado trae causa, ostenta por ello un mejor derecho al susodicho título en virtud de las normas sucesorias y legitimadoras que regulan la materia nobiliaria, ante el que en su opinión debe ceder el de la parte contraria, por traer origen de una ilegal alteración del orden sucesorio nobiliario constituida por dos testamentos, de fecha cuatro de mayo de mil setecientos sesenta y cuatro y veintinueve de septiembre de mil setecientos sesenta y siete, otorgados por el primer Marqués de A, don R., al vincular el título al Mayorazgo del que era también titular y establecer que la sucesión pasara —al morir su hijo don A. sin descendencia— a su hija J. en lugar de G., mayor de edad que la anterior, y a la que constituyó en otros bienes, sucesión y orden que fue legitimado por sucesivas Cartas Reales referentes al título aludido a favor de los antecesores del hoy demandado y recurrido, actual Marqués de A.

Considerando que las sentencias de instancia, ambas contestadas, fundan el rechazo de la demanda, no sólo en no haberse acreditado por la actora, hoy recurrente, la continuidad en el árbol genealógico que presenta, al no constar con la debida fehacencia uno de los eslabones en la cadena sucesoria que parte de doña G. —pospuesta según ella— para llegar a la demandante, sino en el defecto formal insubsanable de no haberse ejercitado en la demanda y réplica la acción de nulidad tendente a obtener la invalidación de aquellas disposiciones testamentarias que establecieron un orden sucesorio irregular (aunque después se siguiera el orden normal), así como de las sucesivas concesiones reales tocantes a la sucesión en el título, otorgadas todas a favor de los descendientes de doña J. y que, de otro lado, según la sentencia impugnada, no hicieron sino respetar el sistema jurídico nobiliario entonces vigente, que permitía aquellas variaciones y cierta libertad en la transmisión de los títulos y mercedes, que después Carlos IV restringió por Real Cédula de veintinueve de abril de mil ochocientos cuatro (Novísima Recopilación, Ley XXV, Título primero, Libro sexto) para las mercedes que se concedieran en lo sucesivo, mas sin alterar el régimen de las anteriores siempre que se emplearan según su fin o conforme a los permisos concedidos, legalidad evidentemente aplicable a aquella alteración testamentaria y sucesivas aprobaciones reales, en orden también a la vinculación del título en los sucesivos descendientes del Mayorazgo, desde que la Ley de once de octubre de mil

ochocientos veinte, que suprimió los mayorazgos y vinculaciones, dejó en pie las anejas a los títulos y prerrogativas de honor.

Considerando que fijada así la más importante *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, es decir, la inexistencia de «petición de nulidad expresa respecto de los actos de transmisión que con la demanda se atacan», tales la creación del Mayorazgo al que se vinculó la gracia nobiliaria litigiosa, la disposición testamentaria que excluyó a la hija mayor del primer titular del Marquesado —doña G.— en beneficio de la menor doña J., así como la Carta Real de Sucesión, informada por el Consejo de Castilla y sancionada por Carlos III, es vista la necesidad del estudio prioritario —por prejuzgar todos los restantes— del motivo séptimo y último del recurso, que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho, seis de julio de mil novecientos setenta y uno, veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y uno y nueve de julio de mil novecientos sesenta y cinco (se dice por error de mil novecientos setenta y cinco) y en el que se expone que si bien es cierta la doctrina relativa a la exigencia —so pena de rechazarse la demanda— del ejercicio expreso de la acción de nulidad para obtener la de la disposición anómala y concesiones posteriores, dicha doctrina sólo es aplicable a los supuestos de cesión, es decir, a los medios de transmisión *inter vivos* de los títulos nobiliarios, pero no a los *mortis causa*, ya que, siempre según la recurrente, las sentencias de este Tribunal que se citan en la recurrida como sostén de su tesis no aluden en ningún momento a supuestos en los que la alteración en el orden sucesorio se haya realizado por medio testamentario sin que quepa aquí aplicar la analogía, y de ahí, según arguye, la infracción cometida que se denuncia.

Considerando que las sentencias que se dicen erróneamente interpretadas —más bien, en puridad, debiera decirse indebidamente aplicadas, aun cuando toda aplicación presuponga interpretación—, es decir, las de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho y las restantes por ésta y por la recurrente citadas, a las que cabe añadir la de veintinueve de mayo de mil novecientos nueve, establecen efectivamente que «cuando como consecuencia de la cesión de un título nobiliario se produzca una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de tal cesión, porque, mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes ostentan *prima facie* una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica, que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitar cualquier persona que se crea con mejor derecho, nulidad que resulta imprerescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio», doctrina que la Sala de instancia aplica, sin necesidad de más argumentos, por entender llanamente que no existen motivos legales para distinguir entre la cesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* a estos efectos.

Considerando que es efectivamente correcta tal tesis, sin que pueda reprocharse a la Sala de instancia desviación interpretativa alguna ni —cosa que ni siquiera se indica— infracción de norma sobre interpreta-

ción, es decir, de cualquiera de las reglas que al respecto establece el artículo tercero, uno, del Código Civil, ya que si atendemos al criterio finalista que este precepto ordena seguir como última y fundamental instancia en materia de interpretación (atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas) es claro y evidente que lo que la jurisprudencia indica y establece es la necesidad de impugnar de modo expreso el acto irregular sucesorio cuya nulidad permita la declaración del mejor derecho, sea cualquiera el vehículo instrumental del acto jurídico real, en tanto que la anomalía que se acuse puede constituirlo ya la cesión, ya la disposición testamentaria (y un supuesto de éstos contempló la sentencia de esta Sala de tres de octubre de mil novecientos ochenta), pues de no entenderlo así nos llevaría al absurdo de eximir de la acción de nulidad al reclamante cuando la alteración sucesoria fuera hecha por testamento o cuando, como en este caso ocurre, lo que en verdad no se haya impugnado debidamente fuera el acto instaurador vinculante del título y no una cesión *inter vivos* o *mortis causa*.

Considerando que no obstante venir ya predeterminada la solución del recurso por la desestimación del motivo estudiado, en cuanto dicha razón —inviabilidad de la demanda por no ejercicio de la pertinente acción de nulidad— bastaría para su rechazo y consiguiente e implícita confirmación de la sentencia impugnada, no parece inútil, sino más bien conveniente, el estudio, siquiera sea breve, de los restates motivos en beneficio de la seguridad y fijeza de la relación jurídica controvertida.

Considerando que a tal efecto, y en el motivo primero, al amparo del mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se acusa la violación del artículo cincuenta y tres del Código Civil, en su párrafo primero, en cuanto la Sala de instancia hizo caso omiso de su normativa al no tener por probado el matrimonio de uno de los ascendientes de la actora que, según ésta, resultaba acreditado por una escritura de compraventa, frente a lo dispuesto por dicho artículo, que autoriza el uso de los medios probatorios establecidos en las leyes anteriores al Código Civil, respecto de los matrimonios celebrados antes de su vigencia, motivo que debe ser rechazado porque ya de su misma exposición claramente resulta que lo que se está haciendo es una llamada a una apreciación probatoria negativa y no al tema de la vigencia, contenido o alcance del precepto que se dice violado y que constituye el ámbito del concepto de «violación» de la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, que no es, según reiteradísima doctrina (siete de junio de mil novecientos sesenta y ocho, catorce de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, etc.) la adecuada para combatir aquella apreciación, sino la del número séptimo del mismo artículo con la añadidura, si se alega el error de derecho, de la cita de la norma valorativa de prueba que se estima infringida, que es lo que el recurrente hace a continuación en su segundo motivo —error de derecho— y citar como infringido el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, regulador de la fuerza probatoria del documento público, desconocido según el recurrente por la sentencia impugnada, al no dar como probado el matrimonio antes citado cuando ello resultaba —según él— de la también citada escritura de compraventa y de un acta de defunción.

Considerando que el rechazo de ese motivo segundo es también procedente y así debe afirmarse con sólo notar que la Sala de instancia, lejos de limitarse a rechazar una desnuda afirmación negatoria de la eficacia de los documentos dichos, razona con acierto y prudencia —con esa prudencia que en materia nobiliaria exige un tradicional rigor probatorio (Sentencias de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres y veintidós de marzo de mil novecientos setenta y ocho—, la escasa credibilidad que le ofrecen un contrato de compraventa y un acta de defunción en los que por modo ocasional se alude al matrimonio que se pretende acreditar, lo cual no evidencia sino atenuamiento a la más correcta técnica probatoria en relación con la fehaciente directa, indirecta y circunstancial, de la que es muestra la conocida doctrina de esta Sala referente al valor probatorio del documento público, cuya autenticidad es indiscutible (Sentencia de dos de febrero de mil novecientos setenta y dos) sólo respecto de su fecha y del hecho motivador de su otorgamiento (art. mil doscientos dieciocho del Código Civil), pero no de otros datos o manifestaciones en él contenidas, sujetos, naturalmente, a la libre y razonable apreciación judicial en combinación o no con otras pruebas, pues de lo contrario habría que admitir la preponderancia del criterio de la parte frente al del juzgador, que obró rectamente al no dar fehacencia a esa prueba indirecta relativa a un matrimonio que se dice contraído antes de mil setecientos ochenta y seis, y que, consiguientemente, no desconoció ni violó la regla valorativa del artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, al no contener vinculación al respecto.

Considerando que tampoco son admisibles los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto del recurso, todos ellos al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la Ley XXV, Título primero, Libro VI de la Novísima Recopilación; aplicación indebida de la Ley XL de Toro; violación de la Ley XLV de Toro y violación también de la Partida II, Título XV, Ley Segunda, respectivamente, todos ellos tendentes a demostrar la infracción que de todos esos preceptos, hoy aplicables en materia sucesoria nobiliaria, ha cometido la Sala de instancia al sancionar como legítima y de preferente derecho la sucesión en el Marquesado de Algorfa por parte del demandado y hoy recurrido, poseedor actual y legal del título, desconociendo así el preferente derecho de la actora; porque, aparte de lo antes expuesto, relativamente a la improbada continuidad en la línea sucesoria de la actora respecto del primer titular de la merced, que hace inviable esa tesis, cumple decir *ex abundantia*, como ya lo hizo correctamente la Sala sentenciadora, que no se dieron ni se dan las infracciones denunciadas, ya que, sin poner en duda la vigencia y aplicabilidad del Derecho que se invoca, así como las normas que se dicen infringidas, es claro que no puede afirmarse, como se pretende ahora en el recurso, que se hubiera violado por el primer titular en sus dos testamentos aludidos el Derecho entonces vigente (año mil setecientos sesenta y cuatro) al establecer el testador la circulación del título al Mayorazgo y estatuir el orden de suceder tal como lo hizo al posponer la hermana mayor a la menor (a partir de la cual se hizo regular el Mayorazgo), con anuencia de la primera, pues así estaba autorizado según el Derecho entonces vigente, la reali-

dad histórica de aquel momento y la costumbre en vigor, que otorgaba cierta permisibilidad en la transmisión de los títulos, como lo demuestra la cortapisa que a ello opuso la Real Cédula de Carlos IV de veintinueve de abril de mil ochocientos cuatro (después Ley XXV, Título I, Libro sexto, de la Novísima Recopilación), según de ello se hizo eco la Sentencia de esta Sala de veintinueve de mayo de mil novecientos nueve, sin perjuicio de añadir, finalmente, que con ello no se conculcaba ni la Ley XL de Toro, que habla de estar a lo dispuesto «por el que primeramente constituyó» el Mayorazgo, ni la Real Cédula citada, que respetaba la concesión de los títulos a ella anteriores, ni la Ley XLV de Toro, que atribuye la posesión civilísima al poseedor según la sucesión prevista en el Mayorazgo, ni la Ley desvinculadora de mil ochocientos veinte, que respetó la vinculación de los títulos y mercedes, ni, por último, el artículo doce del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, que exceptúa del perjuicio de tercero en el supuesto de su aprobación o aceptación, como así declara probado la sentencia que se recurre.

NULIDAD DE TESTAMENTO. ENAJENACION MENTAL. Artículos 663, número 2.º, y 664 del Código Civil (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaén, conforme a las siguientes consideraciones:

Que sostenida en la instancia la nulidad del testamento público de primero de agosto de mil novecientos sesenta y uno, que origina las actuaciones de las que trae causa el presente recurso, por los en su día demandantes que ahora figuran como recurrentes, con base en la pretendida enajenación mental del testador, tanto la sentencia de primer grado, como la recurrida en este trámite, proclamaron su validez, apreciando en su conjunto la prueba practicada, obrante en autos, junto con el debido detenimiento y confrontación de los medios utilizados, después de lo cual llegan a la conclusión de que, si ciertamente la incapacidad fue declarada con el auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, no se acreditó que existiera el día de la realización del acto testamentario, pues ni de los diversos dictámenes médicos sobre la capacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar el testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en la demanda y ni aún siquiera de lo confesado por el propio actor sobre su capacidad mental y de administración de sus bienes, resultan motivos suficientes para sostener la incapacidad; apreciaciones valorativas del resultado probatorio, que son impugnadas en los dos primeros motivos del recurso por el cauce procesal adecuado del número siete

del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, en la doble vertiente que el mismo permite, pero sin buen éxito en ninguno de ellos, pues el primero, que denuncia error de derecho con infracción del artículo mil doscientos treinta y dos del Código Civil, en relación con el quinientos ochenta de la Ley adjetiva, y de la doctrina legal que cita, contrariamente a lo exigido por la constante interpretación de esta misma doctrina, no cita concepto alguno de la alegada infracción, de entre los tres que señala el número uno del indicado artículo mil seiscientos noventa y dos, lo que implica la inobservancia de lo requerido, en cuanto a claridad y precisión, por el artículo mil setecientos veinte e incide en la causa de inadmisión del número cuatro del mil setecientos veintinueve, todos tres de la misma ley procesal, que en el presente trámite lo es de desestimación; pero es que, además, no tiene tampoco en cuenta que el Tribunal *a quo* valoró en su conjunto la prueba practicada que, también de acuerdo con la conocida por lo reiterada doctrina jurisprudencial, no puede desarticularse con un medio aislado, por importante que sea, como la confesión. Y el segundo, que alega error de hecho o también en la apreciación de las probanzas, presenta para respaldar el alegato, una serie de documentos, tales como el propio testamento, unos dictámenes médicos y dos resoluciones judiciales referente una (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de trece de julio de mil novecientos sesenta y tres) a la condena penal del testador con estimación de la atenuante del número uno del artículo nueve del Código Penal (enajenación mental incompleta) y relativa la otra (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro) a la declaración de incapacidad, ninguno de los cuales y asimismo a tenor de la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, tiene el carácter auténtico a los fines de la casación civil, aparte de que todos ellos fueron examinados y ponderados por el Juzgador, no demostrando por sí mismos y sin ulterior razonamiento, lo contrario de lo declarado por éste y de que los dos últimos tienen fecha posterior al otorgamiento del testamento, siendo, por tanto, inoperantes para el fin pretendido de justificar la incapacidad en un momento anterior; todo lo cual, obliga a la desestimación de estos dos motivos.

Que el perecimiento de dichos motivos lleva consigo, inexorablemente, el del tercero y cuarto que también se formularon, ambos por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, puesto que al quedar sin la indispensable base fáctica, es indudable que están haciendo supuesto de la cuestión; en efecto: el figurado con el número tres, denuncia violación por inaplicación del artículo seiscientos sesenta y tres del Código Civil, en su número dos, a cuyo tenor, está incapacitado para testar «el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», circunstancia que en este caso no concurría en el instante de testar (uno de agosto de mil novecientos sesenta y uno), pues de acuerdo con cuanto se ha expuesto, no hay base alguna para tomar como punto de partida de la incapacidad otra fecha distinta de la del auto judicial de incapacitación que, según se dijo, es de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, por lo que es de aplicar el artículo seiscientos sesenta y cuatro del Código Civil, donde se establece que «el testamento hecho *antes* de la enajenación

mental, es válido». Y el señalado con el número cuatro, alega el mismo concepto de infracción, referido al artículo seiscientos sesenta y cinco de nuestro primer Código sustantivo, que erige el dictamen de dos facultativos respecto del estado de lucidez del demente que quiere testar, lo que, como dice el recurso, está conectado estrechamente con el motivo anterior, conexión que acarrea igualmente su desestimación, al no concurrir el supuesto de hecho de la demencia, para que el precepto pudiera ser aplicado.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

BASE IMPONIBLE.—BONIFICACIONES APLICABILIDAD DE LA REDUCCION DEL 50 POR 100 PREVISTA EN EL ARTICULO 66, I, C, e), A LA ADQUISICION DE VIVIENDAS EN BASE AL EJERCICIO DE DERECHO DE TANTEO CONFERIDO POR LA LEY (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1980).

Hechos.—Cierta señor celebra un contrato de arrendamiento con una entidad sobre una finca urbana, y diez años más tarde las mencionadas partes otorgan la escritura pública de compraventa del citado inmueble, como consecuencia del derecho de tanteo ejercitado por el inquilino en virtud del requerimiento que le había hecho la empresa arrendadora, haciéndole saber que la misma había adoptado la decisión de dar el piso mencionado a un tercero, en las condiciones que se señalaban en el acto del requerimiento.

La Oficina Liquidadora del Impuesto gira liquidación sin aplicar la bonificación del 50 por 100 a que hace referencia el artículo 66 del Texto Refundido del Impuesto; motivo por el cual el interesado recurre ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, siendo desestimada su reclamación, desestimándose igualmente el Contencioso-Administrativo interpuesto ante la Audiencia Territorial de Madrid.

Contra esta última resolución se interpone recurso extraordinario de revisión al amparo del apartado *b)* del número 1 del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional, por estimar que la sentencia cuya revisión se pretende es contraria a otra dictada por la misma Sala, en 30 de octubre de 1975, en el recurso número 1248/73, terminando con la súplica de una sentencia por la que, revisando la impugnada, se rescinda la misma, devolviéndose los autos al Tribunal de procedencia a los efectos pertinentes.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, estima el recurso extraordinario de revisión en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en este recurso extraordinario de revisión se alega la contradicción entre la sentencia recurrida de la Sala Primera de lo Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de diciembre de 1978 y la dictada anteriormente por la misma Sala en 30 de octubre de 1975, citándose también en su apoyo la Sentencia de esta

Sala del Alto Tribunal de 25 de enero de 1978, fundando la revisión en el motivo contemplado en el artículo 102, 1, b), de la Ley Jurisdiccional alegando darse las identidades procesales exigidas en dicho motivo revisor, pretensión a la que se opone el defensor de la administración por explicarse la contradicción en virtud de un cambio de criterio jurídico de la Sala sentenciadora, siendo más acertado, a juicio de dicho representante de la Administración el sustentado en la sentencia recurrida.

Considerando que entre las sentencias de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid, a las que se contrae el recurso, existen las identidades procesales aludidas en el artículo 102, 1, b), de la Ley Jurisdiccional por lo que inciden en contradicción, siendo observar en cuanto a la interpretación legal que suscita la contradicción que el tema ha sido ya resuelto por esta Sala en su Sentencia de 25 de enero de 1978 dictada en recurso extraordinario de apelación en el que se declaró que la reducción del 50 por 100 en la base imponible concedida en el artículo 66, 1. C, e), del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967 referente a las transmisiones de viviendas por consecuencia de los derechos a que se refiere el artículo 19 de la Ley de 22 de julio de 1958 comprende, según el propio texto de este artículo 19, los supuestos de adquisición por virtud de los derechos de tanteo y retracto, sin que sea preciso para gozar de tal reducción que los adquirentes hayan utilizado el crédito oficial en virtud de los préstamos para realizar esa adquisición, criterio que no sólo resulta del propio artículo 19 que se interpreta, que no añade ni exige haber utilizado un préstamo oficial previamente, sino también del antecedente legislativo de la Ley de Préstamos a Inquilinos de 15 de julio de 1952, que en su artículo 15, párrafo 2.º, no exige tampoco para gozar de las bonificaciones que concede otro requisito que el de la adquisición en virtud de los derechos preferenciales aludidos, siendo, por tanto, procedente reafirmar este mismo criterio basado también en una interpretación adecuada a la realidad social y finalidad protectora de la situación del inquilinato conforme al artículo 3, 1.º, del Código Civil, sin extender por ello la reducción fiscal contemplada, criterio que ha sido reiterado por la Sentencia de esta Sala del Alto Tribunal de 2 de octubre de 1978.

Considerando que al darse los requisitos formales de este recurso extraordinario al interponerse contra sentencia firme, por no ser susceptible de recurso ordinario de apelación ni por razón de cuantía ni por otro motivo, y acreditarse fehacientemente la sentencia impugnada y aquella con la que se alega la contradicción, y demás requisitos formales, al existir la contradicción que se motiva, procede declarar bien formulada la pretensión revisora y como resultado de este *iudicium* revisor, declarar la rescisión de la Sentencia de 1 de diciembre de 1978 de la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, por contradicción con la dictada por la misma Sala en 30 de octubre de 1975, tesis coincidente con lo sostenido por este Alto Tribunal en sus Sentencias de 25 de enero y 2 de octubre de 1978, por lo que procede reconocer al recurrente la reducción que solicita conforme a la norma fiscal que invoca, no siendo procedente la condena en costas a ninguna de las partes y debiendo acordarse la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir según dispone el artículo 1.799 de la Ley Procesal.

CANCELACION DE OBLIGACIONES EN VIRTUD DE SU CONVERSION EN ACCIONES. NO APLICABILIDAD DE LOS BENEFICIOS FISCALES CUANDO NO SEA UN MEDIO NECESARIO PARA ELLO. LAS NORMAS CONCEDENTES DE BENEFICIOS FISCALES, POR SU CARACTER EXCEPCIONAL, NO DEBEN SER OBJETO DE APLICACION EXTENSIVA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Hechos.—La cuestión litigiosa aquí planteada se reduce a decidir si los beneficios fiscales concedidos a la entidad recurrente por orden del Ministerio de Hacienda de 10 de marzo de 1969 en relación con los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de una operación financiera consistente en la emisión de obligaciones convertibles, pueden aplicarse o no a la cancelación de dichas obligaciones en virtud de la conversión de las obligaciones en acciones.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, estima no ser aplicables dichos beneficios, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que los beneficios fiscales pretendidos se conceden por las operaciones necesarias tanto para la emisión como para la cancelación, y en relación con esta última, según el artículo 128 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas las obligaciones pueden cancelarse por diversos medios, uno de los cuales consiste en la conversión en acciones, de acuerdo con los titulares (núm. 4), norma mercantil que expresamente también admite en primer lugar el pago anticipado según las condiciones de la escritura de constitución (núm. 1), aplicando la doctrina común de ser el pago el modo más directo del cumplimiento de toda clase de obligaciones, en este caso dinerarias, por lo que según la doctrina común del cumplimiento de las obligaciones regulada en el Código Civil en los artículos 1.156 y siguientes, de aplicación subsidiaria al Derecho Mercantil, así como según la normativa específica de éste, hay que afirmar que la conversión de obligaciones en acciones, si bien constituye en el caso presente un medio legítimo de cancelar las obligaciones, no es el medio necesario para lograr su extinción, ya que pudieron haberse extinguido mediante otros medios legales como el pago anticipado, y de tal premisa se deduce la evidente consecuencia de no estar comprendida la cancelación entre los actos «necesarios» para tal cancelación.

Considerando que no puede aceptarse la argumentación de la apelante en orden a tratarse de un hecho de carácter económico, que permita tomar en consideración la total operación financiera bonificada y que deba aplicarse la bonificación cualquiera que sea el modo de alcanzar la cancelación, pues todo beneficio fiscal se concede según los términos estrictos del privilegio como corresponde a toda norma excepcional, por lo que la interpretación jurídica de la orden de concesión del privilegio fiscal no permite una aplicación extensiva según los términos estrictos del artículo 24. 1, de la Ley General Tributaria, ya que hubiera sido preciso que la indicada concesión se refiriese a cualquier acto que operase la cancelación de la operación financiera, por lo que conforme al artículo 23 de la citada Ley Tributaria es forzoso interpretar la norma

que da lugar a la controversia en su sentido estricto, criterio que ha sido declarado por esta Sala en su Sentencia de 8 de octubre de 1979 en caso de absoluta identidad al presente.

PRESTAMOS.—EXENCION.—LOS PRESTAMOS OTORGADOS POR LAS ENTIDADES OFICIALES DE CREDITO Y SU MODIFICACION, AMORTIZACION Y EXTINCION ESTAN EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1981).

Hechos.—La litis plantea la aplicación de la exención del artículo 65-1-66 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, debiendo tenerse en cuenta los siguientes elementos fácticos: 1.º Por escritura formalizada el 27 de septiembre de 1967, se concedió un préstamo de cuarenta millones de pesetas por el Banco de Crédito Industrial, S. A., que fue declarado exento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, conforme al citado artículo 65-1-66 del referido Impuesto. 2.º Por escritura de 15 de julio de 1970, el citado préstamo fue modificado en su cuantía al amortizarse anticipadamente casi una cuarta parte del mismo, y en varias de sus estipulaciones al introducirse nuevas causas resolutorias en favor del prestamista, estableciéndose en garantía del pago una hipoteca que determinó la liquidación impugnada.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se muestra partidario de aplicar la exención pretendida en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la tesis de la Administración de constituir la hipoteca que pretende gravar un acto autónomo distinto de la exención concedida en favor del préstamo hipotecario no puede admitirse por las siguientes razones: 1.ª La exención contemplada en el artículo 65-1-66 del referido texto fiscal de transmisiones se refiere a los préstamos otorgados por las entidades oficiales de crédito —como en el caso presente— «y su modificación, amortización y extinción», sin que la ley distinga según se constituye la garantía hipotecaria al mismo tiempo o después de la concesión del préstamo. por lo que no cabe aplicar dicha norma introduciendo una distinción no establecida por la misma, criterio ya establecido, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 3 de julio de 1976; 23 de marzo, 10 y 21 de octubre de 1977, y 26 de enero de 1978. 2.ª El texto citado no sólo comprende la concesión u otorgamiento de un préstamo por Entidad Oficial de Crédito, pues también incluye en la exención su modificación, amortización y extinción, circunstancias que concurren en el caso de la litis al hacerse pago anticipado de una parte del préstamo e introducirse modificaciones en las cláusulas del préstamo. 3.ª La aplicación de la exención debatida comporta la interpretación conjunta del artículo 58-I del mismo texto legal refundido, al declarar que la constitución y prórroga del derecho de hipoteca, entre otros, en garantía de un préstamo, así como la modificación extinción y cancelación de tales derechos, cuando se produzcan como consecuencia de la modifica-

ción o extinción del préstamo en cuya garantía fueron constituidos tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, norma aplicable al caso presente, en que la garantía se constituye por consecuencia del préstamo ya concertado anteriormente, quedando comprendida la modificación que la segunda escritura aporta a la primera en la amplia enumeración de actos concernientes a la garantía real, que determina la *ratio* de la norma inspirada en la accesoriedad de la hipoteca a la obligación garantizada, doctrina ya establecida por esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 10 de febrero de 1978. 3.ª Que por lo expuesto no se opone a la diversa regulación dada en la tarifa del Impuesto para los casos en que no sea aplicable lo antes establecido, al gravar la hipoteca con independencia de la obligación garantizada, cuando ésta no sea constitutiva de un préstamo.

C. M. A.

LIBROS

CHUECA GOITIA, F.: *La destrucción del legado urbanístico español*. Espasa-Calpe, Colección Boreal. Madrid, 1977.

A veces merece la pena dejar «descansar» un libro en espera de una ocasión propicia para su recensión. Aunque yo he tenido al alcance de mi mano este libro día tras día desde su publicación, he querido dejar que las aguas de la denuncia se clarifiquen. El vino revuelto, si lo deja uno varios días va poco a poco aclarándose y recuperando su transparencia verdadera. Al volver al libro han sucedido varias cosas: acontecimientos políticos y sociales de una parte y de otra he conocido personalmente al autor. Pienso, por todo ello, que ha llegado el momento de la recensión.

En la «introducción» que el autor aporta al arranque del libro hay una alusión al General Franco y a sus años de dictadura en los cuales todo es discutido actualmente, pero el autor prefiere —aparentemente— no entrar en los posibles juicios estimativos ni hacer un balance de pérdidas y ganancias. Pero si sigue uno leyendo la introducción ve con asombro que el autor sí se pronuncia peyorativamente sobre la actuación del General, pues dice que «jamás hemos oído de labios de Franco una sola palabra que revelara la mínima preocupación por nuestro pasado monumental, artístico y cultural. Pasó por todo ello con la más cruel indiferencia, como si todo aquello apenas tuviera que ver con él, y dio rienda suelta a los apetitos más desenfrenados con tal que le dejaran mandar en paz». No acabo de comprender muy bien la razón que induce a muchos grupos e individuos a buscar un culpable, como si con eso se adelantase para el futuro algún beneficio. Aparte de que esos juicios valorativos de conductas tendrían que hacerse dando la posibilidad al inculpado para que pueda defenderse y en este caso, fallecido «el culpable», queda sin poder atacar la denuncia. Quizá sea ésa la razón o el porqué se hacen.

Aceptando esa «culpabilidad» habría que seguir buscando culpables en otras épocas anteriores y posteriores a esa que ha impedido, y supongo que seguirá impidiendo, que los individuos conserven y aumenten nuestro patrimonio cultural. Desde la obsesión incendiaria de la masa de otros tiempos hasta esa manifestación de libertad mal entendida que suponen las «pintadas», habría mucho que hablar. Y si de desmanes estéticos queremos tener ejemplos actuales, ahí tenéis ese edificio de cristales con colores chillones adosado a una Iglesia de bello trazo en la céntrica plaza de San Martín de la capital de España.

El ensayo-denuncia de CHUECA GOITIA tiene tres partes y varios grabados. En la primera, y bajo el título de generalidades, se van buscando las causas de los males. En la segunda se examinan algunos casos de ciu-

dades españolas, y en la tercera se va ofreciendo el diagnóstico de la destrucción de las capitales de provincia españolas. Lo que sucede es que el autor es un literato y al mezclar su condición de arquitecto con la cita precisa de un poema, de un dato histórico o de un pasaje de novela, da a su ensayo todo el encanto que el lector no versado en urbanismo pide para poder seguir leyendo.

PRIMERA PARTE

Cinco temas se aglutinan para formar esta parte del ensayo. En el primero se nos habla de la hecatombe del urbanismo actual y entre los diferentes males que aquejan a la ciudad moderno uno de ellos es el automóvil. El autor dice que la verdadera solución no consiste en abrir más vías para absorber más tráfico, sino en buscar los medios para que ese tráfico disminuya. No es resolver el tráfico, sino evitarlo. No hay que destruir la ciudad para salvar el automóvil, sino destruir el automóvil para salvar la ciudad. El segundo tema es el de la necesidad de un código urbanístico que evite una libertad absoluta y una planificación total. Como tercer tema está el de las ciudades históricas y el hombre-masa que las puebla que trasciende a todos los estamentos y clases: la aristocracia, el alto clero, el político ansioso de éxitos fáciles, el técnico, el periodista, etc. También dedica un párrafo a los arqueólogos y a los arquitectos. La conservación del patrimonio arquitectónico es el cuarto tema que aborda pensando en los posibles medios para su logro y en la labor realizada en este sentido por Información y Turismo y la antigua Sección Femenina. Por último, toda el tema de la arquitectura típica regional, donde la primera labor del arquitecto es la de aprender el idioma de la arquitectura que va a construir: mirar y mirar sabiendo captar las esencias, las invariantes, las constantes que repetidas dan como precipitado el carácter regional.

SEGUNDA PARTE

El autor traza con singular maestría el panorama que ofrecen una serie de ciudades históricas españolas. En Segovia habla de autodestrucción; en Soria pura, como cabeza de Extremadura; el peligro que amenaza a Salamanca; Burgos, como ciudad galdosiana; Santander, como ciudad y naturaleza; Zaragoza y las bases para una reconstrucción monumental; Sevilla y su milagro estético; la defensa de Granada, sus Cármenes y sus valores artísticos y paisajísticos; Jaén y un libro de dibujos que suponen una lección para todos; las luces y las sombras de Madrid y la imagen que el autor tiene de Toledo.

Creo que es en esta parte donde el autor hace gala de sus conocimientos literarios e históricos, de su entrañable amor y comprensión por las ciudades históricas españolas y de ese deseo de que el español tome conciencia de la necesidad de conservar lo que constituye la raíz arquitectónica y cultural de un pueblo.

TERCERA PARTE

En esta parte, que cierra la obra, el autor hace un recorrido por las capitales de provincia españolas para ir contándonos en forma compri-

mida lo más esencial de cada una de ellas, para luego precisar a través de un índice el grado de deterioro urbanístico que ofrecen. Las ciudades con mayor deterioro urbano son Albacete, Ciudad Real, Guadalajara y Soria. Las menos son Pamplona, Toledo y San Sebastián. Incluye también unos grabados o reproducciones de litografías antiguas de ciertas ciudades.

El libro es aleccionador en cuanto lleva consigo la denuncia y los posibles medios para evitar la destrucción, pero después de su lectura viene uno a sacar las mismas consecuencias que cuando se examina cualquier problema español: el verdadero culpable es la falta de cultura.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Editorial Civitas, Madrid, 1981, un tomo de 403 págs.

El arrendamiento de fincas rústicas es una de las figuras más corrientes y básicas de la sociedad civilizada, y es además una institución que ha llegado a imprimir carácter a través de los tiempos.

Por eso, ante la nueva ley que lo regula, nadie podría pensar que se vienen a solucionar problemas nuevos con ideas originales. Los tiempos cambian y la visión para enfocar los problemas puede cambiar también. Pero estas cuestiones ya se han planteado y se intentaron resolver desde siempre.

Con el antecedente del Derecho romano, ya podemos señalar en nuestra Patria la regulación del título VIII de las Partidas, donde se traza un esquema de la naturaleza y los efectos de la llevanza de tierras. Ahí se nos dice: « et mostraremos que cosa es loguero et arrendamiento; et quien lo puede facer; et en que manera debe ser fecho; et de que cosas; et quanto tiempo dura; et en que sazón deben dar los arrendadores las rentas o el loguero que prometieron; et a quien pertenesce el pro, o el daño, si la cosa arrendada, o el fruto della, se mejora o se empeora o se pierde: et como después que es cumplido el tiempo del arrendamiento o del loguero, debe ser tornada la cosa a su dueño».

Dando un salto en el tiempo, es cosa sabida que la normativa del Código Civil sobre arrendamientos, aparte de escasa, resultaba un tanto anacrónica y en franco desacuerdo con el sentido social cada vez más acentuado de la propiedad de la tierra que impera en nuestro tiempo, por lo que pronto se hicieron inaplazables los precisos retoques. Ese fue el enfoque del Real Decreto de 1929 y la ya completa y sistemática regulación arrendaticia de 1935, que ha venido regulando el tema básicamente hasta hace bien poco.

La vigencia durante casi medio siglo de la Ley de Giménez Fernández atestigua, además de su sólida base doctrinal, su efectiva aplicación y el consiguiente arraigo que alcanzó en la realidad campesina española, aunque para ello se hiciese necesario retocarla y complementarla por las

Leyes de 1940, 1942, 1946, 1953 y 1954. Aunque el Reglamento de 1959 había intentado su ordenación sistemática, esta multiplicidad de normas resultaba un tanto compleja y hasta confusa.

Por ello desde hace bastante tiempo habíamos venido trabajando en el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, bajo la presidencia de Ballarín, para ordenar datos y preparar un anteproyecto, que se redactó en 1973. Estos antecedentes básicos plasmaron después en el proyecto, que pasó a las Cortes, para concluir en la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1981.

Esta ley ha introducido bastantes modificaciones e importantes novedades respecto a la legislación anterior, alterando algunos aspectos del arrendamiento de modo sustancial.

En el IRYDA se celebró en junio pasado un curso de conferencias donde se estudiaron diversos puntos concretos y la sistemática de esta ley, y esperamos que no tarden en aparecer comentarios de carácter doctrinal que, con la jurisprudencia, nos aclaren y definan la nueva normativa.

Como este comentario ha de ser breve y se limita al ámbito de una pura recensión, no es cosa de adentrarnos sobre aspectos generales o sustantivos de la ley. Sin embargo, parece indispensable dar unas pinceladas sobre sus novedades más salientes:

- Introduce por primera vez la exigencia del requisito de la profesionalidad agrícola para poder ser arrendatario. Esto puede resultar un tanto extraño en nuestro sistema y no será fácil un control para conseguir su efectivo cumplimiento.
- Señala unos topes máximos en cuanto a la extensión de las tierras a cultivar por dichos arrendatarios con el fin de evitar el gigantismo de las explotaciones. Igualmente creemos que no habrá medios idóneos para controlar esta exigencia.
- Establece una regulación más clara de la duración del contrato, con seis años de mínimo y unas prórrogas determinadas.
- Nueva regulación de las mejoras útiles y de las llamadas «sociales», fijando con detalle las facultades para realizarlas y su reintegro al finalizar el contrato.
- Posibilidad de actualizar las rentas, introduciendo unos medios adecuados de estabilización.
- Regulación del derecho del propietario de recuperar la tierra para el cultivo directo y, de otro lado, la del acceso a la propiedad por parte del arrendatario.
- Necesidad de hacer constar en las escrituras de enajenación de fincas rústicas y también al inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad, que dichas fincas están libres de arrendamientos. En otro caso, habrá de notificarse la venta al arrendatario para que pueda ejercitar el retracto.

JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, autor de este libro, es Letrado de las Cortes y ha intervenido en las diversas fases de la elaboración legal, desde el proyecto a la publicación del texto definitivo en el *Boletín Oficial del Estado*. Por ello está perfectamente situado para referir los diversos pasos dados a lo largo de las discusiones parlamentarias.

Al analizar una institución o una ley caben, entre otros, dos posibles sistemas principales: o bien el ya clásico que nos enseñara el maestro

CASTÁN de estudiar por su orden los elementos personales, reales y formales, o bien seguir paso a paso el texto legal, desmenuzando su contenido, aislada o armónicamente.

GIL-ROBLES, pensando en conseguir un resultado práctico, ha optado por la segunda salida y analiza la materia artículo por artículo. Así, el profesional o el que tenga interés en cada punto concreto, encontrará los antecedentes legales y jurisprudenciales que le han de servir para interpretar, aplicar y entender la norma para resolver la cuestión que le preocupa.

Respecto a cada artículo, para lo cual sigue el orden y, naturalmente, la numeración de la ley, el autor señala, a continuación del texto, los antecedentes legales, marcando el correlativo precepto que contenía el texto de la Ley de 1935, las demás leyes complementarias citadas o el Reglamento de 1959. A continuación, bajo el rótulo de «doctrina legal», señala las distintas sentencias del Tribunal Supremo que se hayan ocupado de aplicar o interpretar el artículo en cuestión, remitiendo para hallar completo el texto de los considerandos al número correspondiente del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi.

Por último, el autor hace un comentario a cada artículo, en los que analiza el texto propuesto en el proyecto del Gobierno, las distintas enmiendas presentadas y su éxito o desestimación, como resultado de la discusión en ambas cámaras y, en consecuencia, cuál es el texto que ha prevalecido, en definitiva. Explica y critica estos avatares parlamentarios, hace una relación con sus antecedentes legales y jurisprudenciales y termina con un resumen en el que enjuicia el conjunto y las novedades de la norma estudiada.

Y esto último es, más o menos, lo que nos toca hacer ahora a nosotros, diciendo que resulta un juicio favorable. El libro tiene, ya lo hemos dicho, una clara finalidad práctica y es reflejo de un minucioso trabajo previo del autor, que ha visto pasar, día a día, enmienda a enmienda, por su mesa de laboratorio de las Cortes, un proyecto hasta convertirse en ley, con toda su complicada elaboración.

Y eso es lo que nos ha resumido y transmitido, añadiéndole unos certeros comentarios doctrinales que convierten el libro en un manual ciertamente práctico y de gran valor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GUARNIERI, ATILIO: *Diritti reali e Diritti di credito: valore attuale di una distinzione*. Ed. CEDAM, Padova, 1979.

El tema de la individualidad, como categorías independientes, de los derechos referidos, desde ángulos distintos y con mayor o menor extensión, ha sido objeto de recientes estudios por la doctrina italiana, casi todos de considerable interés. Los nombres de COMPORTI, BURDESE, GRAZIANI, BELFIORE o BIGLIAZZI GERI merecen destacarse, y si ahora elegimos la obra enunciada de GUARNIERI para realizar esquemáticos apuntes sobre el tema es porque su pluma le acredita como un artista de la literatura ju-

ridica y es tanta su amenidad y pulcritud de exposición que aun en sus más complejos extremos se hace asequible al no especialista. Además, su sistemática se centra fundamentalmente en la adquisición y pérdida de derechos reales y personales por acto *inter vivos*, materia susceptible de múltiples sugerencias para los profesionales a los que centra su atención esta Revista. Y al final de su lectura se produce hasta una sutil inquietud: la de si la clásica expresión legal de «... y otros cualesquiera reales», no debiera ser sustituida por la de «... y otros cualesquiera que las normas declaren registrables».

Los juristas romanos no conocieron la distinción entre derechos reales y personales pues su enfoque, basado en relaciones jurídicas, fue meramente procesal, muy distinto al indicado. Las *actiones in rem* y las *in personam* no admiten trasposición a tal categoría dogmática, pues las primeras incluso comprendían la *hereditas* y derechos familiares, como *manus*, *mancipium*, etc. Lo sustantivo quedaba en lejana penumbra, y al no producirse la elaboración del concepto de derecho subjetivo, la distinción referida resultó imposible.

Glosadores y, sobre todo, comentaristas transfirieron al plano sustantivo dichos conceptos procesales y, a título ejemplar, consideraron *ius in re* todo lo que podía conducir a una *actio in rem*. Dada la considerable importancia de la *res* en aquel período de concepción estática de los derechos patrimoniales, la trasposición hizo fortuna. Y a derechos personales y reales se incorporaron situaciones sin tradición romanista clásica, como las del feudatario, el vasallo o el titular de un beneficio eclesiástico, y aun para esferas reputadas nebulosas se creó una categoría híbrida, la de los *ius ad rem*, que más tarde se perfilaría como englobable en la de los derechos personales.

Fue el iusnaturalismo, en sus vertientes racionalista y empirista principalmente, el que elaboró el concepto de derecho subjetivo, en función individualista y como cristalización de las ideas renacentistas en auge, con la subyacente valoración cristiana de la libertad individual. Su inicial enfoque no fue precisamente patrimonial, pues su objetivo inmediato era la garantía de los derechos individuales frente a la omnipotencia soberana. Pero con ello el derecho natural objetivo, de raigambre aristotélica, pasó a ser subjetivo y el hombre *subjectum*, así como el *ius in re* dejó de ser el sustrato de la *actio in rem* y la propiedad se afirmó como una potestad natural y legítima del hombre, un predicado ético, indispensable para el ejercicio de la libertad individual. Su plenitud hasta excedió con la liberación de trabas proclamada por la Revolución francesa, y el *numerus clausus* fue la cerca delimitativa, estricta, de las limitaciones hipotizables.

Pero esta concepción, clásica, sufre importantes perturbaciones. Por una parte, con la liberación económica, la propiedad queda afecta a un estridente dinamismo y pierde el papel de protagonista que había ostentado durante largos milenios, incluso hasta la época de las grandes codificaciones. Por otra, la ideología kantiana que penetra profundamente en toda la sistemática jurídica, proclama que la relación sujeto-objeto carece de relevancia en el Derecho, que sólo admite relaciones intersubjetivas. El contenido del poder inherente a la propiedad o al derecho real pasa a ser delimitado en forma puramente negativa: deber de abstención general, obligación de no perturbar el ejercicio de un sustrato económico. Todos los derechos subjetivos pasan a ser personales, aunque se intente distinguir

entre los absolutos, que pueden hacerse valer *erga omnes*, y los relativos, que ofrecen sujetos concretos obligados al cumplimiento de determinadas prestaciones.

Se abre con ello un amplio paréntesis de eclecticismo, mixtificación, inseguridad y desaliento, que todavía no se ha cerrado. Algunos engloban la categoría de los derechos reales en la de los de crédito, mientras otros consideran que todos los derechos subjetivos patrimoniales son de condición real. GINOSSAR, nombre señero en este tema, distingue las situaciones patrimoniales subjetivas en propiedad, mobiliaria e inmobiliaria; derechos obligatorios, personales o reales, y derechos intelectuales. Se habla de las características valorativas de «absoluto» o «inmediato». En ocasiones, los derechos subjetivos patrimoniales se distribuyen en cuatro categorías: de obligación, de disfrute (sobre cosa propia o ajena), de garantía o potestativos. Son constantes las referencias a la variedad de acepciones de la distinción bipolar, a la escasa diaphanidad de su delimitación, a la inmoderada propensión de la doctrina a las clasificaciones y hasta la lista de los denominados derechos reales se extiende o contrae a discreción de autores y normas, y se llega al «Zivilgesetzbuch» de la R. D. Alemana, en el que ni siquiera se encuentra tal distinción ni las denominaciones de reales o personales.

Nuevas corrientes filosófico-jurídicas aparecen en nuestros días al compás de transformaciones económico-sociales que se juzgan profundas, aunque carecen de perspectiva histórica suficiente para un adecuado enjuiciamiento: son los árboles que no permiten ver el bosque. Por otros cauces, inseguros, titubeantes, se vuelve a las concepciones primitivas oponiéndose e imponiéndose a las tesis formalistas e individualistas, en especial la teoría personalista del derecho real y muchas próximas, aunque rotuladas dubitativamente como eclécticas. No es posible profundizar en su exposición, pero sí aludir a su esencia. Para ellas, el Derecho ya no puede ser concebido como un sistema de límites a esferas jurídicas individuales; ha pasado a ser un factor institucional que impulsa, encauzando, al ser humano hacia la realización de objetivos de utilidad para la comunidad en que se halla inserto. Su función es eminentemente social, sin perjuicio de que en muchas ocasiones el interés particular pueda ser coincidente.

La relación jurídica ha dejado de ser concepto clave o noción central de la dogmática. Todos los derechos subjetivos son absolutos, en el sentido de que surten efectos *erga omnes*, pues el *alterum non laedere* alcanza a todas las esferas jurídicas; es improcedente la distinción entre derechos absolutos y relativos. El poder que ostenta una persona para utilizar —con variada extensión— un bien es indudablemente un derecho subjetivo, aunque no implique relación jurídica, sino simple posición protegida por la ley, y no como derecho natural e imprescriptible de índole individual, sino en consideración a su adecuación a un orden general, objetivo. No se trata de proteger la libertad, instancia propia de un período de desigualdad peculiar de una realidad económica en trance de superación, sino el interés de la comunidad, que trata de alcanzar la equidad primordialmente, y que admite gradaciones según que el Estado haya adoptado una economía de tipo dirigido o mixto o más radicalmente colectivista. COMPORTI, a quien seguimos en este extremo y que aporta una abundantísima bibliografía, cita a DABIN: «En fait le droit subjectif contemporaine es un droit subjectif largement social».

Se pretende, con la supuesta consolidación de la sociedad industrial moderna, el desvanecimiento de clasificaciones ontológicas que ya habían recibido dolorosas lanzadas, bien con la llamada «*propriété des créances*», bien con los llamados «derechos personales de goce». Si con la primera se proyectaba una remodelación del mismo concepto de propiedad y aun la sustitución de su nombre por el de titularidad, con los segundos se constata que, con el transcurso del tiempo, van adquiriendo todas las características de los derechos reales y es inmediata la fecha en que, sin excepción, será posible su acción contra los perturbadores sin intervención del propietario: arrendatario, comodatario, titular de vivienda en consideración a su relación laboral, «*droits mélanges de réalité*» o «*qui s'achèminent vers la réalité*». Algo similar ocurrió en remotos tiempos con el usufructo e instituciones próximas. Acaso la posibilidad reipersecutoria sea lo único que flote con serenidad en este aparente naufragio. Pero todos éstos son temas en los que en este lugar es sólo posible un leve enunciado.

* * *

Hay que descender de consideraciones teleológicas y no olvidar que derechos reales y personales constituyen todavía instituciones con plena vitalidad y de difícil arrumbamiento. El interés práctico de su distinción es considerable y la labor comparatista realizada por GUARNIERI extraordinariamente interesante. Su obra, como indica, no abarca todos los extremos en que diferencias dogmáticas o disciplinarias son perceptibles o pueden ser intuitas. Algunos de ellos son aludidos; a otros les dedica capítulos no extensos y, como ya hemos expresado, su labor fundamental se proyecta en problemas jurídico-prácticos tan sustanciales como los dimanantes de las diversas modalidades de las adquisiciones derivativas o *a domino*, de lo que pasamos a ocuparnos.

GUARNIERI recuerda que éstas exigían tradicionalmente título y modo al referirse a dominio o derechos reales, lo que las diferenciaba de las transmisiones de derechos de crédito. El modo quedaba concretado en la *traditio*, *saisine*, *Gewere*, investidura. Pero mientras el derecho alemán ha conservado tal distinción en Francia, y en especial a partir del siglo XVIII, se produce una sustancial evolución: la praxis notarial sustituye la *traditio* por una cláusula, que pasa a ser de estilo, de *dessaisine-saisine*, que complementa el dogma iusnaturalista de la omnipotencia de la voluntad en el plano negocial.

Por ello el Código de Napoleón da al consentimiento pleno valor traslativo, si bien la línea no es absolutamente perfecta, pues las diversas disposiciones relacionadas con los registros territoriales hacen que algunos califiquen la enunciada regla de «casi enigmática», otros hablen de propiedad *inter partes* y propiedad *erga omnes*, mientras no falte quien proclame que el derecho de propiedad o existe frente a todos o no existe. Hay que advertir, no obstante, que durante extensos períodos, en especial anteriores a 1855, la transcripción registral a efectos *erga omnes* ha tenido como sucedáneo el documento de fecha fehaciente y que, por lo que a muebles se refiere, se considera muy dudoso que sin real tradición pueda existir verdadera transferencia.

Después de aludir al paradisíaco *common law*, que elimina problemas al autorizar que la propiedad mobiliaria pueda transmitirse tanto por

simple contrato como por *delivery* con la propia intención, analiza la situación italiana, de acusado paralelismo con la francesa, pero con notas destacadas: el papel del elemento psicológico de la buena fe en relación con el valor del asiento registral es de máxima categoría en Francia, mientras que en Italia carece de trascendencia; las aportaciones de inmuebles a sociedades parecen exigir tradición en la legislación italiana, y aunque en la preparación del vigente Código Civil se propugnó tenazmente la eliminación de la tradición consensualista y la adopción de los criterios germanos, a última hora se desistió de ello. STOLFI ha narrado que la razón principal de la radical mutación del criterio fue la deficiente organización o funcionamiento de los registros territoriales. El principio consensualista falla, además, en los derechos reales de garantía, tanto en Francia como en Italia.

Otro punto digno de anotarse es la incidencia del principio de abstracción. En Alemania, siguiendo las enseñanzas de SAVIGNY, la *traditio* abstracta constituía un modo peculiar de adquisición de derechos reales, pero no de crédito. En Austria y en materia mobiliaria se admitió la *traditio* sin título, pero con *animus transferendi*. Además, en forma indirecta su esfera de acción se amplió considerablemente, lo propio que en Suiza, Francia, Bélgica o Italia: negando el ejercicio de la *condictio* en casos de pago de lo indebido sin error, de lo prescrito, de intereses superiores a los estipulados, de las deudas con causa torpe o de cumplimiento de las llamadas obligaciones naturales se llega al propio resultado. Se habla de una batalla entre norma y jurisprudencia que se reputa todavía no concluida. GUARNIERI estima que más que un problema de disciplina diferencial entre derechos reales y personales se trata, en muchos casos, de convalidación de actos nulos mediante la ejecución.

El dogma consensualista francés es defendido por la doctrina tanto contra una interpretación que se reputa excesivamente literal del artículo 1.108 del Code, que entre los requisitos del contrato exige el *consentement de la partie qui s'oblige*, cuanto contra una praxis, cada vez más extendida, que admite el silencio del beneficiario como un consenso tácito cuando no existen motivos para rechazar la transmisión u oferta: hipotecas unilaterales, o cancelaciones y renuncia a derechos reales, donaciones por razón de matrimonio o a descendientes con reserva de derechos para el donante y su consorte, servidumbres a favor de futuros titulares a parcelas en orden a la uniformidad de edificaciones en una urbanización en marcha, los infinitos casos de ofertas a terceros o de contratos de seguros. Aún una sentencia considera perfectamente válida la transmisión de un inmueble en la que el adquirente estaba representado por un mandatario verbal cuya actuación no fue ratificada fehacientemente. Los casos, sumamente ampliables, proclaman un título unilateral que carecen de trascendencia cuando el mismo absorbe el modo. Pero el tema es más viñoso en Italia; y en Alemania tratándose de efectos reales es más que controvertido. Desde la tesis preclusiva en forma radical hasta la que efectúa distingos, las opiniones se defienden con tenacidad. La lógica, el sistema, no concuerda con la realidad, y por ello se acude a una variedad de interpretaciones difícil de resumir.

En otra sección se ocupa GUARNIERI del problema del acto recognoscitivo; si puede tener por objeto sólo relaciones obligatorias, lo que es pacífico, o puede referirse igualmente a relaciones con efectos reales. Se

cree que en Derecho francés el reconocimiento tendría plenos efectos constitutivos en la esfera de los derechos reales, en especial servidumbres prediales. En otros supuestos parece que, como en el caso de derechos personales, sólo produciría una mera inversión de la carga de la prueba a efectos procesales. En Italia, el nuevo Código ha eliminado el paralelismo francés y por ello, y salvo una dudosa disposición relativa al reconocimiento del censo enfiteútico, sus efectos no pasarían de la indicada esfera procesal. No obstante, en ninguno de dichos países puede hablarse ni de una doctrina sólida o mayoritaria, ni de una jurisprudencia firme. El calificativo oscilante es el más adecuado. GRAZIANI, muy recientemente, ha dedicado una interesante monografía a este tema del acto reconocitivo.

También la renuncia a los derechos ofrece sus problemas. En Alemania se admite que el titular de un derecho real inmobiliario pueda efectuarla unilateralmente y con la toma de razón de la misma en el «Grundbuch», suerte plena no efecto. En cambio, para los derechos de crédito la remisión del deudor no surte efecto sino mediante contrato. En Francia —e Italia sigue la propia línea—, con más complejos razonamientos, se llega a la propia conclusión: aceptación del deudor en la remisión de créditos y voluntad unilateral del titular para los derechos reales.

Confusión y consolidación son institutos propios de los campos de derechos personales y reales, *fattispecie* extintivas. Pero se estima que en la última hay que actuar, para dictaminarla, con suma prudencia. Derechos de terceros, dimanantes de usufructo, hipotecas, servidumbres, arrendamientos y otros, pueden ser obstáculos para su plena efectividad.

La tutela aquiliana merece un discreto capítulo en la obra de GUARNIERI. Destaca el área germanopandectista, continuadora del método lógico de SAVIGNY y sus discípulos: los intérpretes deben limitarse al conocimiento de la ley, no completar su contenido y, en consecuencia, se acepta el principio de que, conforme a la tradición romanista, la *actio utilis legis Aquile* queda restringida a los derechos reales, con alguna excepción que la jurisprudencia germana, real cenicienta, ha tratado de ampliar. Por el contrario, en el área francesa —que comprende la italiana en términos generales— influida por las definiciones del iusnaturalismo codifica una figura general de responsabilidad *ex-delicto* que abarca toda clase de derechos, fundada en la prohibición del *neminem laedere*.

Cierto que doctrina y jurisprudencia, en especial la de orientación germanizante que no es escasa, han tratado de armonizar dichas orientaciones, en especial basándose en la interpretación del *ex-delicto* y, aunque es constatable un cierto paralelismo en la casuística, los principios generales ofrecen una radical oposición. En tal área no es posible trazar línea diferencial entre derechos reales y personales.

El último capítulo se circunscribe a posesión, tutela posesoria y usucapión. Se contrasta la amplia concepción germana de la posesión que abarca no sólo derechos privados, sino aun de naturaleza pública, con la limitación a los *iure in re aliena* del «Code» que es objeto de una incisiva modificación en 1975 que le aproxima considerablemente al sistema germano en orden a la tutela. En Italia, en cambio, la posesión estricta continúa anclada en los derechos reales.

Respecto a la usucapión, aunque doctrina y normativa francesa y germana concuerdan en limitarla a los derechos reales, en el plano de las nociones el área germana, fiel a la tradición, no distingue entre poder *de facto* ejercitado a título real u obligatorio, que engloba en la categoría unitaria de la *Besitz*. Por el contrario, en campo francés, incluso después de la reforma de 1975, se distingue netamente la posesión de la detentación.

La obra de GUARNIERI, puramente expositiva, no conduce a conclusiones positivas. Incluso, como ha advertido en la exposición, ni siquiera abarca todos las posibles zonas de diferenciación de derechos reales y personales. Pero se hace tan interesante, dimanar de ella tantas sugerencias y evocaciones, que se cierra con cierta melancolía.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MONJO, J.: *Nueva imposición sobre la renta de las personas físicas*.
Palma de Mallorca, 1980.

Traigo a recensión este libro por dos importantes razones. La primera es su sentido práctico, pues los temas que el autor trata los ilustra con ejemplos y supuestos prácticos, la cual supone conocer la legalidad y la aplicación práctica de la misma. En segundo lugar, por el gran sentido del humor que respira la publicación desde sus «tapas» hasta sus ejemplos. Me explicaré. La cubierta o «tapa» del libro reproduce una escena del encierro de los toros de San Fermín, en Pamplona. La foto es, sin duda, cuando ya el encierro toca a su fin y el gran portón de la plaza de toros se abre para que los corredores que vienen de la calle de la Estafeta salven los metros que les separan de la entrada y lleguen al anillo de la plaza. En ese callejón en el que tantas veces los mozos tropiezan y se forman barreras que los toros salvan unas veces a cornadas y otras en escaladas por encima de los obstáculos humanos. ¿Cómo es posible que una publicación sobre el impuesto de la renta reproduzca una escena semejante en su portada?

Esta última pregunta y su posible contestación hacen comprender al lector que el impuesto se parece muy mucho al «encierro» de San Fermín, donde los toros persiguen y los mozos esquivan, si pueden y saben. Yo he corrido en los encierros, hace tiempo, claro está, y comprendo perfectamente que ese miedo que recorre la espina dorsal desde que suena el cohete hasta que siente uno el aliento cálido del resoplar del toro o del cabestro, debe ser muy parecido a cuando un Inspector de Hacienda le cita a uno en su despacho para perseguir —hasta los corrales— al mozo que periódico en mano va sosteniendo el impulso y la arremetida del toro. Esta fiesta brava puede muy bien ser el claro ejemplo de lo que la reforma fiscal ha supuesto en aquella España conservadora, ahorrativa e inversionista.

Para correr en el encierro pamplonica —sin implicaciones políticas— era preciso asesorarse y atender las indicaciones que los expertos en estas lides te proporcionaban. De lo contrario no lograbas más que incipientes revolcones, cansancios inútiles y locas carreras a veces impru-

dentes. Para correr en el encierro es preciso «un práctico» como para entrar un buque en puerto. Por eso, yo creo que el libro que traigo a recensión es «el práctico» del puerto o el experto del encierro que nos va a indicar la forma y manera de llevar a cabo una declaración de la renta que no dé lugar a esa posterior persecución tributaria parecida a la imagen de la portada del libro.

El gran sentido del humor que el autor demuestra no parece corresponder con el carácter y titulación que el mismo ostenta, pues es Inspec-tos Financiero y Tributario, pero para mis entendederas vale y sirve, aunque comprendo que para mucha gente de nuestro gremio —me refiero a los que entienden de Derecho— el humor debe ser cosa que está prohibida en la parcela jurídica. Yo que suelo practicar el humor noto que las toses jurídicas afloran en cuanto uno afina la crítica y ofrece la deformación. La toga y el birrete, al ser negros, parecen estar siempre de luto. El alivio del blanco de las «puñetas» salva a unos cuantos.

El estudio de la materia lo hace el autor en trece capítulos (yo no sé si es intencionado el número como representativo del «mal fario») y en ellos va recorriendo la naturaleza del impuesto, el objeto, el ámbito, el hecho imponible, el sujeto pasivo, la imputación de rendimientos, la base imponible, los incrementos y disminuciones, determinación de la base, el periodo de imposición y devengo del impuesto, la deuda tributaria, la gestión del impuesto y las retenciones y fraccionamiento de pago. Esta especie de índice sumarial que ofrezco supone una pereza recensionista de ir desmenuzando materias y adentrarnos en conceptos y precisiones. Pero, de una parte, creo que la enumeración responde a la sumariadad esquemática de los conceptos tratados en los que el índice es el indicador de las disposiciones que se reproducen en forma clara y comprensiva y, de otra, que lo importante y donde la obra cobra su relieve práctico y eficaz es en los casos prácticos que ilustran la misma y donde el autor demuestra su gran dominio de la realidad y deja aflorar su gran sentido del humor.

He sido publicista de «formularios» y he comentado algún libro de este carácter y cuando me he planteado los ejemplos he procurado utilizar iniciales (para evitar que una misma persona figure como hijo ilegítimo, abuelo natural, casado y soltero en inscripciones que puedan tener cierta relación), he tratado de evitar colindancias de fincas con cementerios (cosa que me parece de poco gusto estético) y he intentado siempre dar carácter abstracto a mis formularios a pesar de la gran tentación que supone, por ejemplo, el utilizar nombres patronímicos de la provincia de Palencia que van desde doña Aldegunda hasta don Cojoncio. Pero comprendo que el autor caiga en esa inevitable tentación de «situar» al sujeto pasivo fiscal y así nos hable de Julián, que trabaja en una fábrica de grifos; de Emilia, que es viuda de López; de Manuel Gómez, «Gaminas», guitarrista; de Antonio Romero, «Romerito», matador de toros; de Leonor, viuda de un Notario de Cuenca muerto en accidente de aviación, y de Matilde Resón, de diecisiete años, modelo publicitaria, etcétera.

El libro lleva un índice legislativo y otro analítico alfabetizado que son buenas andaderas para la busca del problema que a uno le interesa. Me imagino que la obra necesitará algún apéndice para su continua actuali-

zación, ya que en esta materia, como en muchas otras, existe la obsesión legislativa y cuando se legisla tanto, quiere decir que el mismo legislador se está dando cuenta de lo mal que lo está haciendo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SALINAS QUIJADA, F.: *Manual de Derecho civil navarro*. Editorial Aranzadi, 1980.

No hace mucho, en la plaza del Castillo de Pamplona y en una librería que hay bajo los soportales, compraba para la biblioteca del Colegio Nacional de Registradores la obra amplia de FRANCISCO SALINAS QUIJADA sobre el Derecho foral navarro, que una dependienta —conocedora como nadie de libros y ediciones— me indicó como fundamental para entender y estudiar el Derecho foral navarro. También en San Sebastián he encontrado dependientas que saben mucho de libros y que no ponen esa cara de sorpresa de algunas vendedoras actuales que al preguntarles por un libro, cuyo autor es tal y cuya editorial es cual, responden indefectiblemente: ¿cómo dice usted? Normalmente a estas chiquitas las protege, de medio cuerpo para abajo, el mostrador de madera o formica, pues de lo contrario había que dar vida a la patada culera que su ignorancia está pidiendo. Pero, claro, es preferible echarlas un piropo que eso en la mujer siempre produce «gordura».

Si yo compré el «extenso», la Biblioteca me ofrece el resumen o el «manual» del Derecho civil navarro para que haga la recensión. El autor duda mucho de si la denominación de la publicación es buena, adecuada o incorrecta y yo en esto de los nombres, como en muchas otras cosas, soy liberal (y nunca democrático) y pienso que ni el nombre, ni el formato del libro, sirven para nada y que sólo su contenido es el que a la hora de la verdad decide. Yo publiqué una obra de dos tomos —dos mil páginas— que denominé *Apuntes* y hay cola para hacer fotocopias de ella. Quiero aclarar, sin embargo, que una cosa es la publicación que pertenece al campo de la literatura, ensayo, historia, etc., y otra la obra jurídica cuyo contenido parece responder a una denominación previa: Manual, compendio, epítome, estudios, comentarios, apuntes, etc. En esto, como en el Ejército, quizá haya unos grados que el lector actual puede no tener mucho en cuenta. Digo esto, porque una obra sería sobre un determinado derecho se publicó hace tiempo y se logró una venta reducida de ejemplares, aunque posteriormente se volvió a publicar en una edición de bolsillo y se logró un récord de venta...

De la utilidad y necesidad de esta obra —compendio o manual— sólo podré decir que noté su ausencia cuando «volví» a Estella como funcionario calificador y aquello que como «alférez» me había parecido original y excepcional, se me puso muy cuesta arriba a la hora de tener que aplicarlo. Aun teniendo un amplio conocimiento del Derecho foral se necesita un apoyo doctrinal para la seguridad en su aplicación. Lo mismo me sucedió en Hospitalet, aunque allí, de una parte, había mucho andaluz sujeto al Derecho común y, de otra, contaba con un Manual de Derecho civil catalán de FIGA FAURA, muy semejante a éste que ahora recen-

siono. Claro que lo de Estella fue al «comienzo» y esto último ya ha sucedido en la otra vertiente.

La división del Manual se ajusta a la estructura de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, le precede un prólogo del autor y le sigue un índice sumarial. Creo que además hubiese sido necesario un índice de materias en forma alfabética.

Libro preliminar

Las materias que se abordan en este libro se refieren a los conceptos de Derecho foral navarro y Derecho civil de Navarra, las fuentes del Derecho, las de integración e interpretación, la codificación y la aplicación y extinción de las normas. Resalta cómo el autor se ha preocupado de recoger entre los mejoramientos al Fuero Nuevo el Decreto Ley de 1975 sobre capacidad de la mujer casada, el Real Decreto Ley de 5 de diciembre de 1978 sobre mayoría de edad y la Constitución española.

Derecho de las personas

Tres son los temas que se recogen en esta parte: las personas físicas, las jurídicas y las entidades y asociaciones sin personalidad jurídica. El estudio se hace con la suficiente amplitud como para tocar todos los temas fundamentales. Sirva de ejemplo el problema de si la muerte de una persona supone la extinción de su personalidad, en base del Fuero de Tudela (Ley 44) que autorizaba al acreedor para embargar el cuerpo muerto del insolvente. Y el autor responde que mucho antes que el principio de la muerte lo proclamara el Código Civil, ya se admitía en Navarra por aplicación subsidiaria del Derecho romano.

Derecho de cosas

Los bienes, el dominio, comunidades, posesión, usufructo, uso, habitación, servidumbres (reales, personales y legales) superficie y propiedad superficiaria, retractos, retractos gentilicio y legales, de las garantías reales, de las ventas con pacto de retro, con reserva de dominio y con condición resolutoria, son sintéticamente los puntos estudiados, pero lo importante de todo ello es que cada institución lleva consigo un examen histórico de su aparición que explica la razón justificativa de su trato y regulación.

Derecho de obligaciones y contratos

Es muy amplio el temario, pues comprende el general de las obligaciones, sus fuentes y clases, incumplimiento, transmisión, prueba, extinción, sistema de contratación, elementos y requisitos del contrato, vida e interpretación del mismo, nulidad, rescisión, estipulaciones y como contratos especiales: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, préstamos y censo consignativo, trabajo y gestión, custodia y cuasi contratos.

En una ocasión pensé dedicar uno de mis libros a ciertas instituciones forales de las que estaba y estoy profundamente admirado (la alera foral, la androna, el testamento ilburuco, etc.) y de ahí que en esta parte haya buscado a la que, a mi juicio, suponía —junto con la robada de tierra en los montes comunes— la más peculiar representación de la forma de proceder en la contratación: la palmada. Y ahí está tratada en su histórica aparición.

Derecho de familia

Singularidades importantes ofrecen las instituciones que se incluyen en esta parte del Derecho, como son el matrimonio, la filiación (legítima, ilegítima y adoptiva), la patria potestad, comunidades familiares, los parientes mayores, las capitulaciones, las donaciones, las arras, la dote y los sistemas del régimen de bienes en el matrimonio. Conforta detenerse en el estudio de los «parientes mayores», que según el autor es una institución muy típicamente foral que trata de corregir la realización y puesta en práctica del principio de concentración familiar y permanencia en la Casa, entre otras funciones polifacéticas. En estos tiempos no hay más que desearle suerte a la institución para que siga sobreviviendo y fortificándose.

De las donaciones y sucesiones

En las donaciones se contemplan las dos clases admitidas: *inter vivos* y *mortis causa*. En las sucesiones se abren los tres cauces de su manifestación: la contractual, la testamentaria y la legal. Van apareciendo las diferentes formas de los pactos sucesorios, de las peculiaridades para testar, de los codicilos y memorias testamentarias, la «libertad» de disposición, el usufructo de fidelidad, reservas y reversiones, los herederos de confianza y el albaceazgo, derecho de representación, adquisición de la herencia, renuncia y partición hereditaria. A mi entender, y sin perjuicio de que uno pueda tener más o menos preferencia por ciertas instituciones, esta última parte del Manual es donde verdaderamente se recoge la esencia del Derecho foral navarro manifestada en ese principio de libertad de disposición frenado únicamente por el usufructo de fidelidad, la legítima, los derechos de los hijos de anterior matrimonio, las reservas y las reversiones. Todo ello está tratado con perfecta claridad, concisión y antecedentes históricos.

No sé si en mi vida profesional volveré a Navarra, pero si volviese lo haría con la misma alegría que lo hice en mi época de «alférez» y sin el temor que me entró cuando tuve que «calificar», pues ahora, con este Manual bajo el brazo, puedo perfectamente sentarme en mesa redonda a discutir problemas de este singular Derecho foral.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Estudios de Derecho Civil*. Dos tomos, EUNSA. Pamplona, 1978.

Si yo fuese un político o una figura del mundo que recibe encuestas para ser contestadas por los medios de difusión, ante la obra de SANCHEZ REBULLIDA lo primero que se me ocurriría decir es el «yo diría» (ese «yo diría» que se aleja tanto del «decíamos ayer» de Fray Luis), y lo segundo, si perteneciese a un partido político, hablaría en plural: nosotros los socialistas, nosotros los comunistas. . quizá en obediencia a una consigna o para aparentar que la opinión, aun siendo particular, es compartida. Luego hablaría de «niveles», de «coyunturas», de «realizaciones», de «clarificaciones» y cargaría el acento esdrújulo en cada palabra que comience por «re» (rédistribución, réhabilitación, réconducción, reciprocidad, réconstrucción, etc.). Pero soy un jurista y el autor de la obra también lo es y este lenguaje que se disuelve en acentos y en muletillas ni él me lo toleraría, ni me atrevería a emplearlo para juzgar un compendio de trabajos que el autor ha aportado a la Ciencia jurídica. Es parte de una vida que no admite la frivolidad de expresiones llenas de vacíos humanos y aceptadas en la moda costumbrista, que supone la falta de imaginación y personalidad.

A SANCHEZ REBULLIDA me lo tenía parcialmente leído hace tiempo, pero creo que fue el pasado año cuando lo conocí «en su propio campo pamplonico», y la favorable impresión que de él tenía se agrandó por la relación personal. Estaba, no cabe duda, ante un señor del Derecho y un fino jurista Sólo los que ostentan este carácter pueden permitirse el gran lujo que representa una publicación de «escritos reunidos», «obras selectas», «obras escogidas», etc. En ellas, creo que debe destacarse, no la razón cronológica de su aparición —que el autor ha tenido muy en cuenta en señalar—, sino el efecto retroactivo de lo que en dichos trabajos hay de creación. Se me antoja que esto es lo importante, pues el que ahora el leguleyo le pueda decir al autor «oye, que esto ha sido derogado», carece de interés, pues lo decisivo es que cuando eso estaba vigente la opinión fue ésta basada en unos principios del Derecho que, a pesar de las reformas legislativas, son inmutables.

Comprendo al autor cuando habla de búsquedas de los trabajos, de correcciones de imprenta, de fechas de aparición, etc. Te comprendo porque yo hice una tentativa «parcial» de recopilación de trabajos y, de una parte, me entró el derecho al arrepentimiento y de otra la pereza (no el derecho a la pereza de LAFORGUE) de buscar el momento cronológico de su aparición Yo que soy un desordenado, que no manejo ficheros y que me guío en mi biblioteca por intuiciones y por memorias más o menos fieles, comprendo y valoro esta recopilación (ré-copilación, con perdón).

La obra, compuesta de dos volúmenes (perdón de nuevo porque en la matización bibliotecaria de «tomos y volúmenes» hay ciertas exigencias respetables) supone una dedicación en el primero al Derecho común y Derecho foral el segundo. En el año de la publicación esto fue un acierto, que se ratifica ahora en ese nuevo planteamiento que el Derecho foral está realizando al «socaire» de la Constitución y que va a tener un primer contraste en el Congreso de Juristas de Zaragoza.

A. DERECHO CIVIL COMÚN

Veintiuna aportaciones hace el autor a esta parte, que nos obligarían a otras tantas recensiones de las materias tratadas haciendo casi farragosa esta recensión que, lo único que pretende es dar noticia —noticia buena, noticia noble, noticia positiva— de la existencia de unos trabajos que pueden aportar luces al estudioso de cualquiera de los temas tratados. Creo que todo el conjunto de materias afrontadas por el autor pueden muy bien encuadrarse en unos esquemas que brindo para llenar de contenido la recensión: parte general del Derecho, obligaciones, derecho de familia y sucesiones, con una concesión especial al derecho de cosas. Si-gamos en éste a SAVIGNY y andaremos más ligeros y comprensivos.

- a) En la *parte general* del Derecho existen tres temas un poco dis-tanciados, pero aglutinados por su encuadre en la teoría general del Derecho: la autonomía del Derecho agrario, que el autor con-sidera como una manifestación de la socialización del Derecho, fenómeno consistente en sustituir los dictados de la justicia con-mutativa por los de la social; el segundo tema es el de los prin-cipios generales del Derecho (gran tema) que, junto con el del estado civil de las personas, deben incluirse en esta primera parte.
- b) En el *derecho de cosas* hay un estudio que como un islote se des-taca del resto de los trabajos. Se refiere a la facultad de reten-ción posesoria que es trabajo escrito para la publicación en home-naje a la jubilación del Profesor PRIETO-CASTRO. Creo que confi-gurado como un derecho real habría que tenerlo en cuenta en su día para estructurarlo hipotecariamente.
- c) *Derecho de obligaciones*. Aquí los temas se multiplican y así pasan ante el estudioso las cuestiones sobre la causa de las obligaciones, la mancomunidad, la condonación y la novación. Son tres pilares fundamentales que, por supuesto, ofrecen serias consideraciones a nuestra labor interpretativa y calificadora.
- d) En el *derecho de familia* el autor se vuelca. Intuitivamente él sabe que la familia necesita de mucho mimo jurídico y de mucho estu-dio, aunque el momento político atravesase una crisis en este sen-tido. ¿Qué será de aquella frase de CICERÓN *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*? El sistema matrimonial, la indis-olubilidad del matrimonio, las clases de filiación, la legitimación, la adopción, patria potestad, tutela y protutela son las cuestiones que se agolpan ante el lector para ofrecerle una lección.
- e) En *derecho sucesorio* son tres las materias que el autor presenta: la indignidad para suceder, la partición de herencia y las acciones de petición de la misma.

B. DERECHO CIVIL FORAL

El Derecho foral, resuelto legislativamente a base de compilaciones que como especialidades rigen en los territorios forales, parece que no está en la línea actual de los foralistas. Hay algo contagioso entre la «autonomía» política y la «legislativa», con ese deseo de llegar a ser «diferente» del resto de los españoles (cuando todos los españoles —en

frase de BORGES— somos iguales porque nos creemos diferentes), y que ha llegado a cotas tan atrevidas como la sostenida por GARCÍA DE ENTERRÍA al entender que el Derecho administrativo se basta y se sobra él mismo, sin necesidad de aplicación subsidiaria del Código Civil. Llegaremos a eso en Derecho foral? El autor esboza una serie de temas propios de este derecho y destaca sus peculiaridades.

- a) En lo que podríamos llamar *parte general* hay tres cuestiones importantes referidas a la prelación de fuentes en el Derecho mercantil y al papel que puede desempeñar el Derecho foral aragonés, la edad y la capacidad en este mismo derecho y, sobre todo, la significación de la Compilación aragonesa.
- b) En la parte del *derecho de cosas* hay estudios destinados a las relaciones de vecindad, servidumbres, derecho de abalorio, derechos reales en la Compilación de Aragón y en el Fuero de Navarra.
- c) En el *derecho sucesorio* (aunque esto sea discutido si es sucesorio o matrimonial) se ofrecen los temas de la viudedad, la liquidación de frutos naturales e industriales, la viudedad en el anteproyecto de Compilación, la viudedad en la Compilación y el futuro de los Derechos forales. Este último tema, con perdón, lo incluyo en sucesiones, quizá pensando en las mayores especialidades del Derecho aragonés en esta materia, aunque como el lector avisado sabrá suponer lleva una carga explosiva que el autor resume en su frase del pasado, presente y futuro Derecho foral.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

EL USUFRUCTO VIDUAL *ABINTESTATO* EN CATALUÑA (2.ª PARTE),
por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1, enero-marzo de 1981.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de este usufructo como legado legal de cuota de herencia en la primera parte de su estudio, así como la diferenciación con una serie de figuras jurídicas, según se expuso en el resumen de esa primera parte en anterior número de esta revista, el autor se ocupa en la segunda parte del «estudio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de septiembre de 1974», motivada por un supuesto del Registro de la Propiedad de Olot y única hasta la fecha en relación con el artículo 250 de la Compilación de Cataluña.

La novedad en la exposición de la Resolución lo constituye el que no se ocupa exclusivamente de la misma, sino que el autor hace un minucioso análisis crítico de la posición del recurrente, de la nota calificadora e informe del Registrador, del auto del Presidente de la Audiencia Territorial, para terminar con la crítica de la Resolución misma.

Todo ello va precedido del examen de la práctica registral en Olot, conocida por el autor como consecuencia de haber sido Registrador de allí. La práctica consistía en hacer en la inscripción una reserva de los derechos del cónyuge viudo *abintestato* de oficio por el Registrador. Hace la correspondiente crítica y advierte que en la actualidad ya no tiene lugar la citada práctica. En aquel ambiente se produjo el caso de la Resolución, ocupándose ésta no de si procede o no la constancia registral de dicha reserva en el asiento, sino que, ante un supuesto en que la reserva constaba en el asiento, se plantea la cuestión de si cabe la cancelación solicitada por el heredero *abintestato* afectado por dicha reserva o no.

El recurrente entendía que procedía la cancelación de la reserva, pero el Registrador estima que no se trata de una mención. El auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de agosto de 1973, que se transcribe en el trabajo, mantiene la nota calificadora del Registrador, entendiendo que la reserva del usufructo del viudo en el asiento no constituye una mención, sino un «elemento trascendente en la inscripción del derecho hereditario, puesto que «lo limita temporalmente», entendiéndose aplicable la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que exige expresar en el asiento la extensión del derecho que se inscribe. Posición ésta con la que no está de acuerdo el autor, examinando los precedentes históricos de la citada regla.

Entrando en el examen crítico de la Resolución de la Dirección General, se ocupa del primer «Considerando» en el que se hace el planteamiento de la cuestión, reiterando que no decide acerca de si el usufructo del artículo 250 debe tener acceso al Registro a través de esa reserva de oficio, sino que sólo se plantea y decide en ella el problema de si debe o no ser cancelada *a posteriori* la misma.

En el segundo «Considerando» se hace una referencia al artículo 154 de la Compilación de Cataluña, que es un precepto que prohíbe que conste en las declaraciones judiciales de herederos *abintestato* reserva de derechos de los cónyuges, entendiendo la Resolución acertadamente que el artículo 154 no se refiere exclusivamente a la cuarta marital, sino que comprende el usufructo del artículo 250, pues se refiere a la sucesión recíproca de los dos esposos y si hubiese querido limitarlo a la cuarta marital hubiese indicado únicamente a la viuda. El autor entiende que es muy acertado este aspecto de la resolución.

En el tercer «Considerando» se pone en relación el artículo 250 con el *Usatge Vidua* y con la viudedad aragonesa y navarra. Aquí el autor no acepta la postura de la resolución y entiende que no puede hablarse de ninguna manera, de similitud con la viudedad universal aragonesa y navarra, ni tampoco conviene aludir a la idea de «regencia sobre el patrimonio familiar» ni a la tópica frase, tomada de lo que resulta de antiguos heredamientos, de «senyora majora, poderosa y usufructuaria», pues en el artículo 250 de la Compilación no existe nada de esto.

El «Considerando» cuarto examina el alcance de la calificación registral respecto al usufructo *abintestato* del artículo 250 de la Compilación, planteándose el problema de si el Registrador puede calificar su existencia aun habiendo el Juez, en el auto de declaración de herederos, omitido toda referencia al mismo conforme al artículo 154. El autor participa de estas ideas de la Resolución, pues el 154 va dirigido al Juez, no al Registrador.

El «Considerando» quinto señala la verdadera doctrina de la Resolución, que es lo de que no cabe cancelar la reserva del derecho de usufructo del artículo 250 hecha en la inscripción de los herederos, por la razón de no tratarse de mención ni de un derecho personal, por lo que no es aplicable el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Aquí el autor critica desfavorablemente la Resolución y examina el concepto de mención, diciendo que es mejor atenerse al concepto que dio la antigua doctrina (DÍAZ MORENO, CASSO), en lugar de seguir el concepto de ROCA SASTRE, a pesar de ser éste el seguido por los autores y por la propia Resolución. Entiende el autor que el concepto de mención de ROCA SASTRE como «narración histórica», limitándose a «referir o narrar algo pretérito, posiblemente preexistente», no tiene ningún apoyo legal hasta el punto de que bien podría ser una invención doctrinal de ROCA sin suficiente apoyo legal. Prefiere atenerse a la definición de DÍAZ MORENO, que entendió que la «mención es la cita, referencia o noticia, hecha en el fondo de uno de aquellos asientos, dando a conocer que existe en favor de distinta persona de la interesada en los mismos, un derecho de naturaleza real, que no se halla especialmente inscrito». De aquí se desprende un concepto más omnicomprendivo de mención que el de ROCA SASTRE, pues, por un lado, incluye la mención de dominio, que ROCA excluye, y por otro lado, incluye también los derechos reales reser-

vados a favor de persona distinta de la que inscribe y no sólo los derechos históricamente relacionados en el título, como pretende ROCA SASTRE.

Señala los argumentos legales e históricos que fundamentan este concepto amplio de mención, y llega a la conclusión de que la reserva del usufructo vidual *abintestato* del artículo 250 de la Compilación hecha de oficio por el Registrador con motivo de la inscripción del título del heredero es una propia y verdadera mención, desde el punto de vista legal, aunque no lo sea desde la particular posición de ROCA SASTRE.

Ahora bien, entiende que se trata de una mención que no cabe pretender que su cancelación dé lugar a una consolidación del dominio. A lo más que se podría llegar es a admitir la cancelación de esa mención, pero entonces quedaría un vacío en el asiento, pues quedaría inscrita sin más la nuda propiedad de los herederos, sin que pueda producirse la consolidación del dominio, al no ser éste el efecto de la cancelación de menciones.

En este aspecto distingue dos tipos de menciones: menciones de cargas y menciones de dominio. En las menciones de cargas, su cancelación no sólo produce el efecto extintivo de las mismas, típico de toda cancelación, sino que, además, el dominio inscrito sufre la correspondiente expansión, como consecuencia de la liberación de la carga mencionada, quedando inscrito en la plenitud de sus facultades. En cambio, en las menciones de dominio, su cancelación sólo produce el efecto extintivo del dominio mencionado, sin efecto expansivo alguno en cuanto al dominio inscrito. Esta mención de usufructo es de las que hay que incluir entre las menciones de dominio.

Por tanto, entiende frente a la resolución, que se trata de una mención, pero llega a una solución similar a la de aquella por distinto camino, pues al caracterizar esta mención de usufructo como aquella en la que su cancelación produce un vacío sin expansión o consolidación del dominio, el efecto es similar al de la resolución.

Termina esta segunda parte del trabajo haciendo una minuciosa exposición crítica de los comentarios hechos por los autores respecto a esta resolución, y concretamente de los comentarios de TIRSO CARRETERO, de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y de BUENAVENTURA CAMY, que respectivamente se habían ocupado de la resolución en la *Revista Crítica*, *Anuario de Derecho Civil* y *Revista de Derecho Privado*.

EL USUFRUCTO VIDUAL *ABINTESTATO* EN CATALUÑA (3.ª PARTE), por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, abril-junio de 1981.

En esta tercera parte se estudia «el artículo 250 y los problemas de inscripción en el Registro de la Propiedad».

En primer lugar, se analiza el problema de la relación entre el artículo 154 de la Compilación y el artículo 250. Se estudia la opinión mantenida por FAUS y CONDOMINES, que entendieron que el «artículo 154 es un precepto de índole especialísima que quizá hubiera tenido lugar adecuado en las disposiciones transitorias», ya que ese precepto lo que

pretende es evitar para lo sucesivo la referencia a los derechos que al cónyuge viudo concede el artículo 834 del Código Civil, por lo que opinan que cabe que en los autos de declaración judicial de herederos *abintestato* se hagan reservas o salvedades respecto al derecho del artículo 250 de la Compilación. El autor critica esta posición, estimando que el artículo 154 no está colocado entre las disposiciones transitorias y que no se puede referir al usufructo del artículo 834 del Código Civil, pues se alude a los «derechos que la ley atribuye», según el artículo 154, no a los «derechos que la ley no atribuye» (es decir, el artículo 834 del Código Civil, que no se aplica a Cataluña).

Después analiza la posición de SANAHUJA, también partidario de que conste en el auto de declaración de herederos ese derecho de usufructo del artículo 154, y termina señalando los argumentos que determinan, en opinión del autor, la aplicación del artículo 154 al derecho del artículo 250. Precisamente, al no poderse recoger el usufructo del 250 en los autos de declaración de herederos, cobra importancia la función del Registrador al velar por la protección de ese usufructo derivado directamente de la ley, aunque no conste en los autos de declaración de herederos. Pero su protección no debe hacerse por medio de una reserva de oficio en el asiento, sino practicando las inscripciones en la forma que después indica.

Seguidamente se ocupa del problema de si el cónyuge viudo puede instar la declaración judicial de su derecho de usufructo directamente a través del trámite de la declaración de herederos *abintestato*. Expone la opinión de ROCA SASTRE, en sentido afirmativo, y la de TIRSO CARRETERO, mucho más restrictiva y matizada, y aunque la cuestión es discutible, cree el autor que el cónyuge viudo no puede pretender la declaración de su derecho de usufructo por los trámites de la declaración judicial de herederos *abintestato*, pues no se trata de un heredero, sino de un legatario legal, y además, la tramitación del expediente de declaración de herederos no se ajusta al supuesto del artículo 250, en el que aparecen una serie de condicionamientos, que el Juez no puede tener en cuenta en el citado expediente.

También se ocupa del problema de si el cónyuge usufructuario puede solicitar la declaración judicial de los herederos *abintestato* que han de concurrir con él, entendiendo que sí, pues no se trata de que el Juez declare su derecho de usufructo, sino de que declare el derecho de los herederos *abintestato*, que es requisito imprescindible para que se dé el supuesto del artículo 250, y por tanto, considerado al cónyuge con interés legítimo a tal efecto.

Es analizado seguidamente el problema de si es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo usufructuario junto con los herederos *abintestato* para inscribir el derecho de estos últimos. En principio, la situación ideal para su reflejo en el Registro, es que comparezcan todos los interesados en la escritura de manifestación o partición de herencia, es decir, el cónyuge viudo con los herederos *abintestato*. Ahora bien, existen una serie de casos en que no es posible la comparecencia del cónyuge viudo. En tales casos, la solución más adecuada es practicar la inscripción respecto al título y derecho del heredero *abintestato*, aunque no comparezca en la escritura el cónyuge viudo, pero entendiendo como derecho del heredero la nuda propiedad, no el pleno dominio, con lo cual

quedará inscrita la nuda propiedad sin mencionar para nada el usufructo del viudo.

En cuanto al título inscribible, entiende que el título sucesorio es la ley directamente, es decir, el propio artículo 250, sin que se dé ninguno de los supuestos del párrafo 1.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria. Esto no debe extrañar, pues hay otros casos en que tampoco se da ninguno de los títulos sucesorios del artículo 14. Así, el codicilo en Cataluña y Navarra, en la institución de las reservas es también la ley el título, sin necesidad de apoyarse el reservatario en ningún título sucesorio voluntario ni en la declaración judicial de herederos. Por eso, en el acta de inscripción del usufructo del cónyuge se dirá que «inscribe su derecho de usufructo por el título del artículo 250 de la Compilación». Respecto a los documentos complementarios, está el testimonio del auto de declaración judicial de herederos *abintestato*. Obsérvese que no es el título sucesorio principal del derecho del cónyuge, pues ya se ha dicho que, conforme al artículo 154 de la Compilación, en los autos de declaración de herederos no debe hacerse reserva de los derechos de los cónyuges. Se trata de un documento complementario, pues acredita la situación de herencia *abintestato*, único supuesto en que opera el legado legal de usufructo del artículo 250.

En cuanto al problema de la entrega del usufructo, estima que no es necesaria tal entrega, pudiendo el cónyuge tomar posesión por sí mismo de su usufructo, conforme al último párrafo del artículo 222 de la Compilación. También es analizado en profundidad el problema de la obligación de inventario por parte del usufructuario del artículo 250 y su relación o no con el problema de la inscripción, inclinándose por la posición negativa. Por último, apunta otra serie de documentos complementarios (solicitud o instancia del cónyuge, certificado de matrimonio, certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad para comprobar que no existe codicilo, capitulaciones u otra disposición *mortis causa* a título singular, etc.).

La última parte del trabajo se refiere a los asientos registrales a practicar a favor de los herederos y del cónyuge, tanto en el caso de que el usufructo del artículo 250 sea de toda la herencia como de la mitad de la misma.

En cuanto al supuesto de usufructo de la totalidad de la herencia, sólo tiene valor de derecho transitorio, pues sabido es que, después de la reforma del Código Civil en el nuevo artículo 944 se llama en la sucesión *abintestato* al cónyuge antes que a los parientes colaterales, con lo que desaparece el supuesto de usufructo universal previsto en el artículo 250 sólo para casos de concurrencia del cónyuge con los colaterales, cosa que ahora ya no es posible.

En cuanto a los asientos registrales a practicar cuando el usufructo del cónyuge es de la mitad de la herencia, se hacen una serie de distinciones. Si por acuerdo de los interesados o por resolución judicial se ha concretado en bienes determinados ese usufructo de la mitad de la herencia, se practicarán los correspondientes asientos de inscripción, en la forma que resulte del título presentado. Ahora bien, mientras el derecho de usufructo sobre la mitad de la herencia permanece en fase de «derecho abstracto», es decir, sin concretarse en bienes determinados, no cabe la inscripción del mismo, planteándose únicamente la posibilidad de tomar

anotación preventiva del número 6.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria. El autor entiende que es aplicable por analogía esta anotación, puesto que se trata de un legado legal de cuota de herencia, y sabido es que al legatario de parte alícuota la Ley Hipotecaria le permite consignar su derecho a través de la vía del número 6.º del artículo 42. Se plantea también el asiento registral adecuado a favor de los herederos *abintestato*, y llega a la conclusión de que, mientras no se concreten sus derechos, cabe la anotación preventiva de derecho hereditario, profundizando en una serie de cuestiones, como la de si cabe que inscriban solamente su derecho de nuda propiedad a través de un asiento de inscripción, así como la cuestión del llamado «usufructo de propietario» o «usufructo en cosa propia», que es el que tienen los herederos en la otra mitad de la herencia.

Termina el trabajo haciendo una defensa de la anotación preventiva de derecho hereditario, sobre la que ha caído el falso tópico de la doctrina de los autores, de que a la misma no se aplican los principios hipotecarios, tópico que el autor trata de superar, para que se fomente la misma como medio de recoger toda una serie de situaciones en que los derechos de los interesados se encuentran en fase de «derechos abstractos», y así se mantenga la concordancia entre Registro y realidad en esta fase que puede llegar a ser relativamente larga. Precisamente para evitar que la anotación de derecho hereditario caduque a los cuatro años, aconseja utilizar la vía que permite el artículo 209, párrafo último, del Reglamento Hipotecario, es decir, la solicitud de que la anotación no caduque.

Para evitar que se piense que el autor todo lo cifra en la anotación preventiva de derecho hereditario, insiste al final en la defensa de los asientos de inscripción, pero que si esto no es posible por estar en la fase de comunidad hereditaria abstracta, cabe esa salida de la anotación preventiva, a la que, frente a lo que entiende la doctrina, sí se le aplican los principios del sistema registral, si bien acomodados a la naturaleza del derecho anotado.

LAS GARANTIAS HIPOTECARIAS DEL LEGADO (Examen de la anotación preventiva de legado), por MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, abril-junio de 1981.

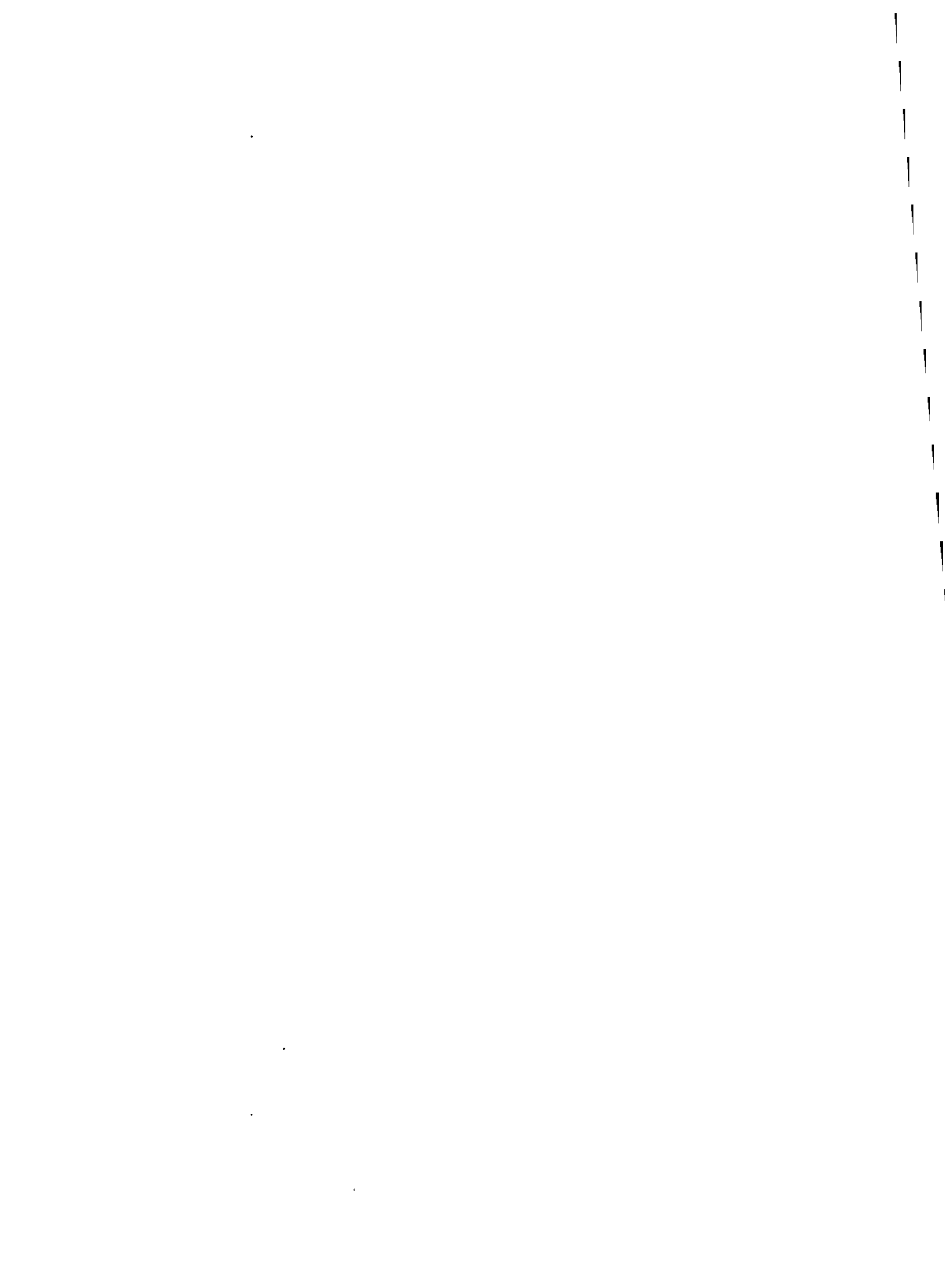
La anotación preventiva reconocida al legatario por el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, dice la autora, es una de las pocas garantías que se establecen en favor de aquél, fuera del ámbito del Código Civil. El legado, para los efectos de la Ley Hipotecaria, se configura como un **CREDITO CONTRA LA HERENCIA** (pues sólo puede acogerse a la garantía representada por la anotación, el legatario que «no tenga derecho según las leyes, a promover el juicio de testamentaria, por lo que, excluido el legatario de parte alícuota, los únicos legados objeto de posible garantía, son el de inmuebles determinados y el de género o cantidad) **ORDENADO CON ARREGLO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD** (pues la Ley Hipotecaria prescinde de la clasificación sustantiva de los legados y atiende sólo al criterio esencial de que el objeto del legado verse o no sobre un bien inmueble). Partiendo de esta hipótesis, la autora desarrolla su trabajo a base de distinguir dos grandes categorías de legados a efectos

hipotecarios, clasificación que no se corresponde con la del derecho sustantivo, a saber: ESPECIFICOS (de bienes inmuebles determinados y de derechos reales no posesorios) y NO ESPECIFICOS (como categoría residual que engloba a todos los anotables no comprendidos en el grupo anterior) La garantía que otorga la ley es distinta en cada caso. En el primero, al aparecer la anotación sobre «los mismos bienes objeto del legado», se crea una reserva de rango, oponibilidad y preferencia frente a cualquier adquirente, acreedor del heredero y frente a los demás legatarios. En los legados no específicos, la anotación preventiva significa la constatación registral de un derecho de separación de bienes concretos de la masa hereditaria; frente al heredero (sus acreedores y adquirentes) una hipoteca legal de seguridad en el bien anotado, y finalmente entre legatarios, una simple preferencia sobre el bien anotado que no altera la gradación de créditos del artículo 887 del Código Civil.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPIEDAD URBANA
COMO DERECHO A UN APROVECHAMIENTO MEDIO, por JOSÉ AN-
TONIO ALVAREZ CAPEPOCHIPI. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1981.

A juicio del autor, hay una contradicción manifiesta entre los principios que informaron la Ley del Suelo de 1956 y la efectiva ejecución del planeamiento. En el plano material, la legislación de 1956 fue auténticamente innovadora, pero fracasó en el plano instrumental porque no dispuso de los elementos técnicos necesarios para el desarrollo y ejecución de los principios que planteaba y en particular fracasó el sistema reparcelatorio. Esto hizo que en la de 1975 se parta de una nueva estructuración de la propiedad urbana, de modo que sobre el suelo URBANIZABLE PROGRAMADO, no se reconozca ya una propiedad en su sentido clásico, sino exclusivamente el DERECHO A UN APROVECHAMIENTO ECONOMICO, un valor patrimonial cuya efectividad queda pospuesta a los principios inherentes al desarrollo del planeamiento, cuya obtención se rige por un principio de igualdad proporcional de todos los propietarios, teniendo las autoridades municipales una cuota de participación en el aprovechamiento económico que implique la edificación. El único derecho reconocido al titular de una parcela de suelo urbanizable programado es la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento, derecho que será proporcional a la superficie de las parcelas que se aportan y que impone lógicamente fijar un MODULO compensatorio que ligue la superficie de la parcela con los beneficios anejos a dicha parcela. Este módulo es el aprovechamiento medio.

Examina detenidamente el concepto de aprovechamiento medio, a través de las distintas finalidades que cumple, para concluir con una dura crítica a la nueva normativa, que a pesar de sus propósitos de reforma no representa ningún cambio en la estructura de la propiedad urbana respecto de la legislación anterior. Caracteriza la propiedad urbana como un derecho a un aprovechamiento medio, pero esta caracterización no tiene después el desarrollo necesario de un sistema distributivo.



II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1981

La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho), por Cándido Paz Ares, páginas 601 a 707.

La personalidad de las entidades religiosas y sus requisitos, por José M. de Prada, págs. 709 a 731.

Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española, por Paloma Abarca, págs. 733 a 745.

DOCUMENTACION JURIDICA

Números 25 a 28. Enero-diciembre de 1980

Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución española, por Miguel López Requena, Ramón García Cotarelo, Francisco Ruiz Castillo, Juan José González Rivas y Enrique Linde Paniagua, páginas 7 a 885.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 211. Julio-septiembre de 1981

Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos, por Francisco González Navarro, páginas 409 a 454.

Aspectos polémicos de las contribuciones especiales por obras, por J. M. Casal López-Valeiras, páginas 455 a 495.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Núms. 154-155. Julio-octubre de 1981

Requisitos objetivos en el recurso económico-administrativo, por F. Benítez de Lugo y Guillén, páginas 753 a 773.

La deducción por inversiones en el Impuesto sobre Sociedades, por Ramón Abelló Margalef, págs. 775 a 786.

Tratamiento fiscal de los incrementos irregulares de patrimonio y de los incrementos de patrimonio a título lucrativo, por Manuel López-Nuño Tuñón, págs. 787 a 797.

Consideraciones en torno al Impuesto sobre el Patrimonio, por J. Menéndez, págs. 799 a 827.

Los plazos en el procedimiento económico-administrativo, por María Paloma Menéndez Durán y Angel M. Bajo Pérez, págs. 829 a 873.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 444, septiembre de 1981

El Derecho de la economía en la nueva Constitución española de

1978, por José María Martínez Val, páginas 1102 a 1108.

Requisitos procesales de la acción de desahucio, por José Ariza Galiot, págs. 1109 a 1116.

Núms. 445-446, octubre-nov. de 1981

El Derecho de la economía en la nueva Constitución española de 1978, por José María Martínez Val (continuación), págs. 1254 a 1260.

Requisitos procesales de la acción de desahucio, por José Ariza Galiot, págs. 1261 a 1268.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Junio de 1981

El Ministerio fiscal en la Constitución, por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, págs. 583 a 595.

El derecho a nacer, por Gabriel García Cantero, págs. 597 a 604.

La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes, por José Menéndez, páginas 605 a 624.

Julio de 1981

Posición espiritualista del profesor Legaz Lacambra, por Jorge Uscarescu, págs. 5 a 8.

Calificación religiosa de «confesiones» y entes subsidiarios y su protección jurídica, por Julio Manzanares, págs. 9 a 26.

El «ius aedificandi» y el principio de accesión, por José Antonio Doral García y José Angel Torres Lana, páginas 27 a 44.

Agosto de 1981

Los alimentos en la separación de hecho, por Carmen Hernández, páginas 89 a 113.

Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico, por

Antonio García-Pablos de Molina, páginas 115 a 158.

Los hombres de la ley, vistos por las comunicaciones de masas, por Julián Beneyto, págs. 159 a 175.

Septiembre de 1981

La naturaleza personal del vínculo conyugal, por José María Serrano Ruiz, págs. 239 a 254.

Los bienes informativos, por Carlos Soria, págs. 255 a 276.

La exigente de miedo insuperable, por Carlos Onecha Santamaría, páginas 277 a 289.

Octubre de 1981

El artículo 125 de la Constitución. Los Tribunales de jurados y escabinos, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 343 a 385.

Revocación de las donaciones por ingratitud. Análisis del artículo 648, 2.º, del Código Civil, por María de la Válgoma y Rodríguez-Monge, págs. 387 a 396.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre de 1981

Les «variae resolutiones» i les «allegaciones iuris» de Jaume Cáncer, por Joan Egea i Fernández, páginas 821 a 844.

Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 845 a 897.

El procediment legislatiu en l'ordenament juridic catala, por Carles Viver Pi-Sunyer, págs. 899 a 954.

Normas comunitarias sobre relaciones laborales y seguridad social, por Luis Sala Torregasa, págs. 955 a 976.

La nacionalidad y el «ius soli», por Eudald Vendrell Ferrer, páginas 977 a 1007.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 157-158. Julio-dic. de 1980

- El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo*, por Aníbal Sánchez Andrés, págs. 385 a 436.
Apunte jurídico-administrativo sobre la pesca marítima, por Aurelio Guaita, págs. 437 a 470.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 111. Enero-marzo de 1981

- La cooperativa en el Derecho español a través de sus principios*, por Víctor Manuel Garrido Palma, páginas 7 a 41.
Administradores nombrados al constituirse la sociedad, por José María Iriarte Calvo, págs. 43 a 119.
La nueva ley sobre régimen jurídico del control de cambios y los conceptos de residencia y de inversión extranjera, por Francisco Lucas Fernández, págs. 121 a 209.
La legislación de viviendas de protección oficial. Limitaciones que impone: especial referencia a su transmisión, por Antonio Uribe Sorribes, págs. 211 a 243.
Seguridad y certeza en las relaciones jurídico inmobiliarias. Disquisiciones sobre la situación del Derecho anglo-norteamericano, por Eduardo Vázquez Bote, págs. 245 a 345.
Venta de bienes inmuebles y poder testatorio en Vizcaya, por Vicente José Castillo Tamarit, págs. 350 a 368.
 Núm. 112. Abril-junio de 1981
Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de es-

- tipulación capitular*, por Juan Alvarez-Sala Walter, págs. 7 a 56.
Reflexiones sobre la modificación del Código Civil en materia de patria potestad, por José V. Castillo Tamarit, págs. 57 a 79.
El problema de la «rei mutatio» en el usufructo de canteras y minas a propósito del D. 7,1,13,4-5, por Antonio Fernández Fernández, páginas 81 a 91.
Prenotariado visigótico, por Rafael Gibert, págs. 93 a 127.
Grupos de sociedades. Razones para su regulación, por Rafael Leña Fernández, págs. 129 a 179.
Las cuentas corrientes ante el control de cambios, por Francisco Lucas Fernández, págs. 181 a 239.
El Registro de Entidades Religiosas: conflicto de disposiciones transitorias, por Alberto Sáenz de Santamaría Vierna, págs. 241 a 280.
El requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil, por Francisco Rovira Jaén, págs. 283 a 322.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 4 de 1981

- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en blanco y negro*, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, páginas 279 a 334.
Garantías constitucionales de la independencia judicial, por Antonio Agúndez Fernández, págs. 335 a 358.
Consideraciones en torno al denominado procedimiento de oficio en la Ley de Procedimiento Laboral, por María Luisa Gil Meana, páginas 359 a 376.
Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al demandado, por Tomás Muñoz Rojas, págs. 377 a 414.
Procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos

graves y flagrantes, por Ricardo Sánchez Sánchez, págs. 415 a 447.
Estudio comparativo y vigencias de las disposiciones legales en materia de terrorismo desde el año 1975, por Teodoro de Vega Gómez, páginas 449 a 498.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre de 1981

La falta de libertad interna y la nulidad de matrimonio, por Feliciano Gil de las Heras, págs. 771 a 777.

Situaciones individuales y situaciones «communio» en el Derecho romano, por Juan Iglesias Redondo, páginas 778 a 783.

La tarjeta de crédito, por José Ignacio de Arrillaga, págs. 784 a 804.

Octubre de 1981

Los actos dispositivos de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil (comentario a una reforma), por José María Sánchez-Ventura y Fernando Martínez Martínez, págs. 851 a 891.

La movilización de las defensas morales de la sociedad por la jerarquía católica: el caso alemán, por Emilio Bande, págs. 893 a 896.

Política pública y nominalismo monetaria, por Eliahu Hirschberg, páginas 897 a 900.

Noviembre de 1981

La familia en la Constitución española, por L. Martínez Calcerrada, páginas 963 a 986.

Matrimonio religioso y divorcio en

el Derecho español, por G. Suárez Perterra, págs. 987 a 1011.

Balance del realismo jurídico escandinavo, por Oscar Fernández, páginas 1012 a 1022.

Diciembre de 1981

El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas, por Gerardo Muñoz de Dios, págs. 1059 a 1074.

¿Subsiste el matrimonio canónico en España como institución? Alcance del artículo 80 del Código Civil tras la Ley de 7-7-81, por Antonio Ocaña Rodríguez, págs. 1075 a 1082.

La codificación civil en España (síntesis de un proceso), por Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, páginas 1083 a 1101.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 74. Julio-agosto-sept. de 1981

La participación de los distintos niveles de gobierno en la planificación y programación del desarrollo regional, por Fernando Fernández-Cavada, págs. 13 a 31.

Las causas de los retrasos en la tramitación de las licencias de obras, por Fernando Rodríguez y Rodríguez de Acuña, págs. 33 a 52.

El negocio jurídico urbanístico, por Alvaro de Diego Zambrano, páginas 53 a 71.

Dictamen sobre la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio en los sectores comprendidos en planes parciales aprobados antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, por José Luis Laso Martínez, págs. 75 a 95.