

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV • Julio-Agosto 1979 • Núm. 533

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carriñanos.

Dirección: General Mola, 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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado», por JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE	769
«El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada», por CELESTINO A. CANO TELLO	787
«Comentarios a la reforma fiscal», por JOSÉ MENÉNDEZ	809
«Reflexiones en torno al concepto de corraliza», por JOSÉ ANGEL TORRES LANA	835

VIDA JURIDICA:

«La hipoteca cambiaria», por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA	869
--	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	903
II. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO	919
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ...	933
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	961
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	978

LIBROS:

«Registro de imóveis. Doutrina, Prática, Jurisprudência», de NICOLAU BALBINO FILHO, por E. VÁZQUEZ BOTE	987
--	-----

«El secreto bancario», de LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, por ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO	988
«La economía de la Agricultura», de MARGARET CAPSTICK, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	992
«La copropriété des immeubles batis», de EDITH KISCHINEWSKY-BROQUISAS, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	998
«La formazione storica del Diritto moderno in Europa», por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1005

ESTUDIOS

La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *Posibles soluciones:* 1.ª El artículo 9-3.º del Código Civil. 2.ª Actuación negativa del orden público. 3.ª La doctrina del interés nacional. 4.ª La solución jurisprudencial.—III. *Un problema conexo: las sentencias extranjeras de separación y divorcio de extranjeros y las canónicas de nulidad.*—IV. *Los Registros españoles de bienes y los regímenes económico-matrimoniales extranjeros:* 1. Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios registrados. 2. Bienes muebles y derechos reales sobre los mismos que consten registrados: A) Bienes muebles registrados y derechos reales sobre ellos. B) Bienes muebles no registrados.—V. *La publicidad mercantil de los capítulos extranjeros.*—VI. *Publicidad de las capitulaciones otorgadas por españoles en el extranjero.*—VII. *Criterios de Lege ferenda.*—VIII. *La Convención de La Haya de 1976.*—IX. *Un consejo práctico.*—X. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El problema con que pretende enfrentarse este estudio es el de los efectos que puede producir un régimen económico-matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales por extranjeros, publicado por un registro extranjero (1), frente a un tercero español que entra en una relación jurídica patrimonial con alguno de los cónyuges extranjeros. Dicho de otra forma: si el matrimonio extranjero con régimen pactado en capítulos podrá ampararse en la publicidad registral de su Ordenamiento nacional frente al tercero español que actúa de buena fe.

La cuestión se plantea únicamente en el ámbito del Derecho internacional privado, ya que en Derecho interregional, al ser el Registro Civil único

(1) Se parte de un supuesto en que el Registro extranjero otorgue a las capitulaciones inscritas una protección y unos efectos publicitarios similares a los que se otorgan en nuestro Derecho.

para todo el territorio del Estado, queda excluida la posibilidad del conflicto que se ha planteado.

Vamos a intentar responder a esta pregunta: ¿El régimen convencional de unos extranjeros, inscrito en el Registro de su país, afecta al tercero español?

II. POSIBLES SOLUCIONES

1.^a *El artículo 9-3.º del Código Civil.*—En principio, sólo en principio, cabría pensar que el tercero español quedaría sujeto a las consecuencias del régimen convencional que publica el Registro extranjero. El artículo 9-3.º del Código Civil reconoce como ley del régimen económico-matrimonial la del estatuto capitular de los cónyuges (incluso cuando éstos son extranjeros) con carácter preferente a los demás puntos de conexión que se enumeran en el mismo artículo (última ley nacional común o ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio). Si se sigue el tenor literal del repetido artículo hay que estar, en cuanto al régimen económico-matrimonial se refiere, al estatuto de autonomía.

Pero la publicidad de los capítulos y los efectos de los mismos exceden del ámbito de libertad de los cónyuges, sin que puedan ser objeto de alteración alguna en el contrato matrimonial.

Para la publicidad de las capitulaciones, el punto de conexión no es la concorde voluntad de los esposos (2), ya que nuestro Derecho (art. 9-3.º del Código Civil), ante la *insuficiencia* de las capitulaciones, se remite a la ley que rige las relaciones personales (3), que es, según el número 2 del citado artículo 9 del Código Civil, la ley nacional común o la del marido al tiempo de la celebración. Decir que las capitulaciones son *insuficientes* por no regular la publicidad de las mismas y sus efectos frente a tercero puede resultar, a primera vista, extraño, pero excluida la autonomía por el interés público y supraindividual de ambos temas (publicidad y efectos), no queda sino acudir a las leyes antes apuntadas: la nacional común de los cónyuges o la del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (4).

(2) Sobre la discutida bondad del criterio de autonomía como punto de conexión en los regímenes económico-matrimoniales puede verse AUDINET: «Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 40, págs. 237 ss.

(3) No cabe que el Registro Civil español publique hechos relativos a extranjeros, ya que el artículo 66 del RRC, en su redacción de 1 de diciembre de 1977, dispone que: «En el Registro constarán los hechos que afecten a españoles . ».

(4) Hay que señalar, en cuanto al punto de conexión aplicable a la publicidad y efectos de las capitulaciones, las siguientes notas: a) Que los capítulos se hayan otorgado después de celebrarse el matrimonio:

Ante la argumentación expuesta debe concluirse que la publicidad y los efectos frente a terceros españoles de las capitulaciones extranjeras se rigen por la ley nacional de los cónyuges o la del marido al tiempo de contraer el matrimonio. Pero frente a esta afirmación, tan clara a primera

— Si ambos cónyuges tienen la misma nacionalidad, será la ley que corresponda a dicha nacionalidad la aplicable a los capítulos.

Entiendo además que será la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio o la nacional del marido (novio) en ausencia de nacionalidad común, salvo que en el contrato matrimonial opten los cónyuges por acogerse a la legislación que corresponda a su nueva ley nacional.

La razón de aplicar la ley inicial del matrimonio y no la última ley nacional común es el interpretar de una forma congruente los números 2 y 3 del artículo 9.º del Código Civil. Si se admitiese una interpretación literal de los números del precepto citado habría que aplicar al régimen económico del matrimonio (y, por tanto, al régimen de publicidad de las capitulaciones, según se explica en este estudio) «la misma ley que a las relaciones personales», que es, según el número 2 del artículo 9 del Código: *la última ley nacional común durante el matrimonio*. Esta redacción del citado número 2 puede entenderse referida a dos momentos:

1) Un momento fijo: el último del matrimonio, es decir, el momento de su disolución. La tesis es absolutamente incongruente, ya que el régimen matrimonial es algo vivo y continuo, que precisa de regulación *durante* su existencia, no a su muerte.

2) Un momento cambiante: el que corresponda en cada instante a la nacionalidad de los cónyuges. Tampoco éste puede admitirse, ya que es principio sentado por el número 3 del artículo 9 del Código Civil el de la inmutabilidad del régimen matrimonial por el simple cambio de nacionalidad, «salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional».

— Si la nacionalidad de los cónyuges es distinta ha de aplicarse la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 9, núms. 2 y 3 del Código Civil).

b) Que los capítulos se hayan otorgado antes de celebrarse el matrimonio:

En este caso, como bien apunta AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*, tomo I, 1978, página 149), el actual artículo 9.3.º del Código Civil, al determinar la ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. «a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos», viene a condicionar la admisión de los pactos matrimoniales a su aceptación por la ley de uno de los esposos, la del marido o la de la mujer.

Cabría pensar, caso de que las leyes de la nacionalidad de cada uno de los novios fueren distintas, que ambas leyes hubieran de tenerse en cuenta a la hora de determinar la ley que tuviera que regir la publicidad de los capítulos. Así ocurre, en materia de contratos matrimoniales, con la capacidad de los cónyuges (puede verse, a este respecto, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado», *R. E. D. I.*, 1955, pág. 611) y, según apunta MARÍN LÓPEZ («Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», en *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, 1974, pág. 74), con las normas prohibitivas relativas al contenido de los contratos matrimoniales.

Creo que no ha lugar la acumulación de leyes en materia de publicidad de capitulaciones, ya que tanto ésta como los efectos derivados de ellas se refieren siempre al régimen económico-matrimonial, y, aunque los capítulos son perfectos desde su otorgamiento, el régimen no surge hasta la celebración del matrimonio, *condictio iuris* para la eficacia de los contratos nupciales. Existiendo el matrimonio y el régimen económico-matrimonial, la ley aplicable será la que rige las relaciones patrimoniales *inter* cónyuges «a falta o por insuficiencia de capitulaciones»,

vista, ha de pensarse que el español, tercero de buena fe, que entra en contacto patrimonial con el matrimonio extranjero regido por capitulaciones inscritas en el Registro correspondiente de su país, no está obligado a conocer el contenido de dicho Registro.

Hay que tener en cuenta que toda publicidad tiende a obtener una seguridad en el tráfico, por lo que admitir la eficacia de Registros no nacionales sería tanto como introducir una inseguridad que haría quebrar los efectos de seguridad pretendidos.

Además, y probablemente, sobre todo, debe recordarse que toda publicidad no es sino una trama de presunciones positivas y negativas con eficacia de legitimación extraordinaria. Dichas presunciones emanan de un acto de poder (*imperium*), del poder legislativo, y como tales actos parece que no deben tener eficacia fuera de las fronteras donde el poder que las dicta se ejerce, máxime en perjuicio de la publicidad negativa (lo no inscrito no existe) del Estado en que pretenden hacerse valer las normas presuntivas extranjeras, el Registro Civil español en nuestro caso (5).

Esta tesis, que nos aparta del artículo 9, número 3.º, del Código Civil, y que llevaría a la aplicación de la *lex fori* (Ley del Registro Civil y Código Civil), es plenamente concordante con las ideas particularistas, tendentes a la protección de los derechos de los nacionales, hoy vigentes en Derecho internacional privado.

2.ª *Actuación negativa del orden público.*—La actuación negativa del orden público, entendiéndolo como freno a la aplicación del Derecho extranjero (*estatutos odiosos*), no creo que pueda traerse a colación, ya que la norma de publicidad del régimen económico-matrimonial dictada por el poder legislativo extranjero será de un contenido similar, si no idéntico, a la de nuestro Ordenamiento. No ha lugar, por tanto, la aplicación del artículo 12 del Código Civil en su número 3.º (6).

con lo que la solución es la misma que se apuntó para los capítulos otorgados constante matrimonio, sólo, repito, en cuanto a las materias apuntadas se refiere: publicidad y efectos.

(5) El legislador hubiera podido dictar en materia de publicidad derivada de Registros nacionales una norma similar a la establecida en el artículo 10 del Código Civil para, únicamente, la publicidad inmobiliaria. Los efectos publicitarios derivados del Registro, cualquiera que sea su clase, sólo producirían efectos dentro del territorio al que afectase la jurisdicción registral.

(6) Para una interpretación actual del concepto de orden público, vid. CORRIENTE CÓRDOBA: «Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la D. G. R. y N.», *R. G. D.*, núms. 361-62, 363, 1974. Separata. Del mismo autor puede verse: «La excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado español», *Anuario de Derecho Internacional*, tomo II, 1975, págs. 125 ss. También, FRAGUAS MASSIP: «Las excepciones a la aplicación del Derecho material extranjero normalmente reclamado», en *El Título Preliminar del Código Civil*. Academia Matritense del Notariado. Estudios. Madrid. 1977, tomo I, volumen II, págs. 371 ss.

3.^a *La doctrina del interés nacional.*—Para lograr la protección de los terceros nacionales frente a los capítulos publicados por un Registro extranjero pudiera convencer más que las tesis anteriores, la doctrina del interés nacional (hoy recogida en el art. 10, núm. 8.º, del Código Civil). Pero debe tenerse en cuenta que la publicidad de un régimen económico-matrimonial puede enfrentarse, en relación con terceros, a problemas dispositivos y de legitimación, pero nunca afectaría a la capacidad, ya que ésta es inalterable en capitulaciones, y el artículo 10-8.º del Código Civil sólo tutela al nacional respecto a cuestiones de capacidad. Por otro lado, el carácter excepcional del citado número del artículo 10 presenta el inconveniente de su carácter excepcional a la hora de intentar su aplicación analógica, apoyado en el artículo 4 del Código Civil (7). No obstante, cabría recordar la imprecisión terminológica del legislador en materia de contratos y, sobre todo, en la ineficacia negocial (8).

No sería muy aventurado *interpretar* (conforme al núm. 1 del art. 3 del Código Civil) que el número 8 del artículo 10 citado, *en su contexto*, y conforme a su *espíritu y finalidad*, tiende a proteger al tercero que contrata con extranjeros frente a normas por él ignoradas (siempre con buena fe), ya sean éstas de capacidad o dispositivas y de legitimación.

La redacción del número 8 del artículo 10 del Código Civil ha sido muy criticada: Por su carácter unilateral y por su aplicación automática, abstracción hecha de la buena o mala fe del contratante nacional; argumento este último que puede paliarse con la aplicación del artículo 1.302 del Código Civil (9).

(7) Sobre la no aplicación de la analogía ante las normas de carácter excepcional (art. 4-2.º del Código Civil) ha habido en los últimos años abundante bibliografía; ver, por todos, V. L. MONTES: *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El Nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, V, 1.º, págs. 207 ss.

(8) Recuérdese el artículo 1.261-3.º del Código Civil en la redacción anterior a 2 de mayo de 1975, que negaba a la mujer la posibilidad de prestar consentimiento. Vid. también nota 9.

(9) Parecen más correctas las dicciones de los códigos italianos de 1942 y portugués de 1966:

— El párrafo 2.º del artículo 17 del primero prevé que si un extranjero realizase en Italia un acto para el que fuere incapaz según su ley nacional, pero para el que sería capaz un italiano, según la ley italiana, el acto se consideraría válido, salvo si se refiriese a relaciones de familia, sucesiones por causa de muerte, donaciones o actos de disposición de inmuebles sitos en el extranjero.

— El artículo 28, párrafo 1.º, del Código Civil portugués establece que «el negocio jurídico celebrado en Portugal por persona que sea incapaz según la personal competente no puede ser anulado, fundándose en esta incapacidad en el caso de que conforme a la ley interna portuguesa, de ser aplicable, esa persona sería considerada capaz».

Para una crítica del precepto puede verse A. REMIRO BROTONS: Artículo 10. Apartado 8, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1978, tomo I, págs. 346 y ss.; J. L. IGLESIAS: «Le nouveau système de règles de conflit du Droit international privé espagnol», *Rev. critique Dr. i. pr.*, 1976, pág. 416, y

4.^a *La solución jurisprudencial.*—Ante la dudosa aplicación del artículo 10-8.º del Código Civil debería acudirse a soluciones jurisprudenciales basadas en los criterios de *l'arrêt Lizzardi* (*Cour de Cassation*, 16 de febrero de 1861) (10), que fueron el punto de partida de la atención doctrinal hacia este correctivo de la ley personal en materia de capacidad; éste era el supuesto: un extranjero, menor conforme a su ley nacional, y que no lo era con arreglo a la ley del foro, ¿debía ser considerado capaz para el Ordenamiento del foro? Con buen criterio, el juzgador francés no acudió al orden público (el orden público es algo más que el arbitrio del legislador, y la mayoría de edad—según se ha visto recientemente en nuestro Derecho—está sujeta a criterios de alza o baja extrajurídicos). El Tribunal francés se basó, para declarar la validez del contrato, en la necesidad de protección del tráfico interno de la buena fe y del interés nacional.

Posteriormente se ocupó también la Corte francesa de otro caso, esta

M. DE ANGULO RODRÍGUEZ: «Las obligaciones contractuales en el vigente Título preliminar del Código Civil español», *Rev. Prof. del I. C. de Abogados de Granada*, 1975, págs. 237 y ss.

(10) En Derecho francés el problema que aquí se estudia es muy distinto, ya que antes de entrar a examinar cuáles sean los efectos del régimen económico-matrimonial pactado es preciso determinar si se trata de una cuestión de forma (*lex loci*), fondo (ley del régimen económico-matrimonial) o de procedimiento (*lex fori*). La razón de esta previa necesidad de calificación estriba en la obligatoriedad para el oficial encargado de la celebración del matrimonio de preguntar a los contrayentes por la existencia de capítulos, y, en caso afirmativo, exigir certificación notarial del otorgamiento, fecha y Notario autorizante de los mismos. El tema en Derecho francés ha sido muy estudiado; entre las obras más recientes pueden verse: G. WIEDERKEHR: *Les conflits de lois en matière matrimoniale*, París, 1967; G. COUCHEZ: *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, París, 1972, y FADLALLAH: *La famille légitime en droit international privé. Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*, París, 1977.

En Derecho español no cabe plantear la cuestión en los mismos términos, ya que las capitulaciones son independientes del acto de la celebración del matrimonio (sin olvidar la relación entre las capitulaciones y la celebración del proyectado matrimonio respecto de la eficacia de aquéllas); además, al no ser la inscripción de los capítulos requisito necesario para la existencia de los mismos, no cabe pensar en la aplicación de la regla *locus* aludiendo que se trata de una cuestión de forma. Nuestro problema es, sin duda, de régimen económico-matrimonial.

No debe olvidarse que los asientos del Registro Civil relativos al régimen económico-matrimonial tienen carácter rogado en nuestro Derecho, ya que el artículo 264 RRC dispone que sólo se extenderán a petición del «interesado» (no ha de ser, necesariamente, uno de los cónyuges). Hay excepciones a la rogación: las modificaciones derivadas de la infracción del artículo 45 del Código Civil y la cancelación de las mismas cuando se presente la licencia o autorización, dispensa o aprobación de las cuentas de la tutela, cuya omisión dio lugar a la indicación (artículos 264 y 265 RRC).

Hoy la indicación del régimen económico-matrimonial puede certificarse en el libro de familia, según el artículo 36 del RRC en su redacción de 1 de diciembre de 1977.

Sobre el valor de las indicaciones a que se viene haciendo referencia puede verse J. PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, tomo II, pág. 765.

vez en materia de régimen matrimonial: la ex reina Narriman Sadek fue de compras a París y se surtió de abundantes vestimentas en la Société Jean Dessès. A la hora del pago, la Société pasa la factura al también ex rey, señor Farouk; S. M. contesta que la legislación egipcia, a la que se hallaban sujetos él y su matrimonio, desconocía tanto el mandato tácito como el doméstico, así como la potestad de las llaves, y él no había dado mandato alguno a su esposa. El Tribunal de gran instancia del Sena, en 12 de junio de 1963, condenó al matrimonio a pagar *in solidum*, ya que la sociedad acreedora obró «sin imprudencia ni ligereza y con buena fe, sin que viniera obligada a conocer el Derecho egipcio» (11).

En nuestro Derecho se aproximan a estas soluciones las Sentencias de 13 de enero y 15 de mayo de 1885 y 21 de abril de 1892. Al extranjero, afirmaban las dos primeras, le acompañan su estado y su capacidad y deben aplicársele las leyes personales de su país, cuando esto no se oponga a los principios de orden público y a los intereses de la nación en que formula sus reclamaciones. La tercera sentencia, en un supuesto que afecta al tráfico jurídico interno, dice incidentalmente que «no puede invalidarse el contrato..., alegando que era menor al firmarlo, puesto que no lo manifestó».

III. UN PROBLEMA CONEXO: LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE EXTRANJEROS Y LAS CANÓNICAS DE NULIDAD

Las citadas sentencias plantean problemas similares a los que acaban de exponerse para las capitulaciones matrimoniales, ya que tanto unas como otras pueden ser publicadas por el correspondiente Registro extranjero y, en todo caso, alteran, igual que los contratos entre cónyuges, el régimen económico-matrimonial legal. Los problemas específicos derivados del carácter judicial de la alteración del régimen económico-matrimonial van a ser aquí objeto de breve estudio.

Excluimos las sentencias canónicas de separación personal de extranjeros dictadas en el extranjero porque éstas, según el artículo 82 del Código Civil, no precisan de homologación judicial, por lo que al excluirse la intervención jurisdiccional, los efectos que pueden producir frente al

(11) Los autores franceses critican la solución, vía Lizzardi, de este supuesto entendiendo que era un problema de calificación: ver si la ex reina y esposa tenía poder o no para obligar a la sociedad del matrimonio, y, como consecuencia de ello, determinar si dicha facultad debía regirse o no por la ley del régimen económico matrimonial o por la ley de sus efectos. Para un estudio detallado puede verse G. COUCHEZ: *Ob. cit.*, págs. 146 y ss., y WIEDERKEHR: *Ob. cit.*, págs. 263 y siguientes.

tercero fuera del país en que se publica la separación son los mismos que podrían derivarse de unas capitulaciones matrimoniales. Hay que remitirse, por tanto, a lo expuesto en el epígrafe anterior.

La inclusión de las sentencias canónicas de nulidad es algo «futurista», ya que hoy por hoy siguen el régimen del artículo 82 del Código Civil; pero en un futuro breve deberán ser excluidas del citado artículo dados los términos del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de España con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ya que el acuerdo exige la homologación judicial de dichas sentencias. Los problemas de estas sentencias, en un futuro próximo, según lo dicho, serán los mismos que se plantean a continuación para las sentencias civiles extranjeras.

En las sentencias objeto del epígrafe debe distinguirse (12):

a) Cuando la sentencia extranjera se refiere al estado o capacidad civil de las personas, obtenga o no el *exequatur*, es preciso reconocer —como hace VALLET (13)—que constituye un supuesto que ha generado ya sus consecuencias jurídicas respecto de los sujetos fuera de nuestras fronteras, y cuya eficacia y efectos no pueden ignorarse en el territorio de otros Estados (14).

Este es el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien ha prescindido en sus últimas resoluciones del obsesionante concepto del orden público en esta materia (Resoluciones de 18 de septiembre de 1971; 23 de marzo, 5 de abril y 24 de agosto de 1976 (11)).

b) En cuanto a la protección de terceros nacionales del Estado en que pretenda hacerse valer la sentencia extranjera («actos de ejecución material sobre bienes o coercitivos sobre personas», según la sentencia

(12) Un estudio detallado sobre este tema en VALLET DE GOYTISOLO, FRAGUAS MASSIP, BLANQUER UBEROS y SIMÓ SANTONJA: «Efectos de la declaración de divorcio en el Derecho Internacional Privado». Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Madrid, 1975, tomo III, págs. 785 y ss.

(13) *Ob. cit.*, pág. 831.

(14) Para reafirmar este criterio cita VALLET la Resolución de 3 de marzo de 1930 de la Cour de Cassation francesa, que señala «que las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero referentes al estado y capacidad de las personas producen efectos en Francia, independientemente de la obtención del *exequatur*, salvo aquellos supuestos que hayan de dar lugar a actos de ejecución material sobre bienes o coercitivos sobre personas». *Ob. cit.*, pág. 831.

De la afirmación de VALLET y los demás Notarios me parece excesivo el pretender hablar no sólo de ignorar los efectos de la sentencia que no obtuvo el *exequatur*, sino también de la necesidad de no pasar por alto la eficacia de la sentencia extranjera. La eficacia de ésta creo que debe pender del *exequatur*. Una cosa es no ignorar los efectos producidos por una declaración (ya sea legal, judicial o extrajudicial) como realidad que se instala en el mundo jurídico, y otra, muy distinta, hablar de la eficacia de una declaración judicial que no está revestida del *imperium* necesario para poder ser hecha efectiva frente a los miembros de una comunidad distinta de aquélla a la que iba dirigida cuando se pronunció.

citada en la nota 10), debe protegerse al nacional, y ello pese al *exequatur*, pues aunque por éste podría decirse que la sentencia extranjera cobra *imperium* y se integra en el Ordenamiento interno, el nacional no puede quedar obligado, salvo que tuviere conocimiento de la sentencia extranjera y entrara en juego la buena fe, ya que la sentencia extranjera, al no acceder al Registro Civil español (art. 66 RRC, antes citado), no es amparada por la fe pública, ni siquiera por la simple publicidad, ya que esta última sólo se produjo en el país extranjero. Ante esto hay que acudir a las soluciones antes apuntadas para las capitulaciones.

IV. LOS REGISTROS ESPAÑOLES DE BIENES Y LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES EXTRANJEROS

La publicidad del régimen económico-matrimonial en cuanto a bienes concretos opera en forma distinta a la expuesta con anterioridad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10-1.º del Código Civil: «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, *así como su publicidad*, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles».

Conforme a este artículo, la titularidad privativa o común de un bien o derecho real, publicada por un Registro, hace fe respecto del tercero, a quien nada debe importarle la situación extrarregistral extranjera *que ignora* (que «no conoció ni tuvo *medios racionales* y motivos suficientes para conocer», usando la terminología del art. 36 de la Ley Hipotecaria).

1. *Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios registrados.*— Respecto de éstos, la afirmación que acaba de hacerse tiene plena vigencia, ya que la protección que otorga el Registro de la Propiedad en cuanto a la titularidad privativa o común de los bienes de cónyuges extranjeros que consten registrados es plena: el inmueble que consta en el Registro de la Propiedad como común o privativo lo es (arts. 1.º, 38, 20 y, sobre todo, 34 de la Ley Hipotecaria, y 80, 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario). Hoy también el artículo 1.322 del Código Civil, que parece dar cierto carácter obligatorio a la inscripción de modificaciones de regímenes matrimoniales.

El carácter común *presuntivo* no puede beneficiar ni perjudicar al tercero (que, frente al Registro de la Propiedad, es indiferente que sea nacional o extranjero), ya que para cumplir el tracto se precisaría, en estos casos, el consentimiento (asentimiento o como quiera llamarse) del cónyuge cotitular presunto.

Cuestión distinta es la relación entre cónyuges y las posibles responsa-

bilidades patrimoniales entre ambos; en este punto cobran plena vigencia las leyes personales del régimen: ley nacional, ley del domicilio, autonomía, centro de intereses del matrimonio, residencia, etc. Téngase en cuenta que la ley nacional (art. 9-3.º del Código Civil) puede remitir a otro Ordenamiento, entrando en juego, en este supuesto, el polémico reenvío.

La afirmación de que el Registro de la Propiedad proteja al tercero frente a circunstancias extrarregistrales de titularidad no implica que deba aplicarse el sistema del Código Civil para la disposición de los bienes registrados, ya que del mismo Registro de la Propiedad puede resultar la existencia de unas capitulaciones otorgadas en el extranjero (arts. 51-9.ª y 80 RH) o, lo que debería constar en todo caso, la nacionalidad extranjera del matrimonio titular de los bienes. Téngase en cuenta que el Registro de la Propiedad puede publicar un régimen capitular extranjero, pues no existe en la Ley Hipotecaria ni en su Reglamento ninguna norma que prohíba dicha publicidad, a diferencia de lo que ocurre con el Registro Civil (art. 66 RRC). Además, la amplitud de los términos de los artículos 1.322 del Código Civil y 51-9.ª y 80 del Reglamento Hipotecario permite incluir sin ningún reparo dicha publicidad.

Ante la constancia de la nacionalidad de los cónyuges titulares o de sus capitulaciones, el Registrador, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, deberá calificar la capacidad y legitimación del cónyuge disponente con arreglo (salvo alegación por las partes o constancia de capitulaciones en el mismo Registro) al régimen económico-matrimonial legal o supletorio correspondiente a la nacionalidad del matrimonio, ya que dicha nacionalidad resulta «de los asientos del Registro».

Todo depende, como se ve, de la constancia o no de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad o, en defecto de éstas, de la nacionalidad de los cónyuges; en otro caso, el Registrador, ausente de datos, aplicará el Derecho español, adquiriendo el tercero en virtud de la fe pública con que el poder legislativo ampara a nuestro Registro. Quedan siempre a salvo, naturalmente, las acciones entre cónyuges derivadas de su verdadero régimen económico.

Como conclusión de lo expuesto. la actuación a seguir por Notarios y Registradores podría ser ésta:

- Si el Registro de la Propiedad advierte de la existencia de capitulaciones, habrá que estar a lo que de ellas resulte, estén o no inscritas en algún Registro nacional o extranjero. El Notario debe reclamar las capitulaciones para examinar la capacidad dispositiva de los comparecientes, y el Registrador debe calificar el contrato matrimonial con la misma finalidad.

- Si el Registro de la Propiedad advierte tan sólo de la condición no nacional del titular registral casado, el Registrador inscribirá, conforme a los artículos 93 y siguientes del Reglamento Hipotecario, según lo que resulte del régimen económico-matrimonial legal supletorio que corresponda a la nacionalidad que conste en el Registro, actuando en la misma forma en caso de disposición de los bienes inscritos. Todo ello queda sujeto al conocimiento por el Registrador o Notario autorizante de la legislación extranjera de que se trate; en caso contrario, debería acreditarse el Derecho extranjero en alguna de las formas previstas por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en su redacción de 27 de agosto de 1977.
- Si no consta la nacionalidad extranjera de los cónyuges en la escritura que accede al Registro de la Propiedad, tampoco constará en éste, por lo que deberá aplicarse rectificando el Registro (artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria), pero el tercero que hubiera podido surgir quedaría siempre a salvo.

En este caso no se hace sino seguir el sistema hipotecario español: el tercero queda protegido, prescindiendo de las circunstancias extrarregistrales, si reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El hecho de que la nacionalidad o el régimen económico-matrimonial no queden amparados por la fe pública no tiene importancia, ya que la titularidad registral sí queda amparada frente al tercero: el derecho real pertenece al titular registral *en la forma determinada por el asiento respectivo* (arts. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria): privativamente, por mitades indivisas, en *gesamte hand*, etc.

Protegiendo al tercero de la forma expuesta no se hace sino cumplir con el artículo 10-1.º del Código Civil: aplicamos el régimen publicitario español en cuanto a inmuebles y derechos reales sobre los mismos.

Algunos problemas podrán plantear los usufructos viduales y dotales de ciertas legislaciones extranjeras, al igual que las hipotecas legales y judiciales por razón de dote. En todos estos supuestos, el efecto frente al tercero de los aludidos derechos reales es inoperante si no consta del Registro su existencia. El hecho de que en nuestro Derecho no sea precisa la inscripción con carácter constitutivo de estos derechos nada tiene que ver; la oponibilidad *erga omnes* de un gravamen o derecho real concurrente con otro queda en el aire si consta el bien gravado como libre en el Registro. En cuanto a la hipoteca legal (aunque el supuesto extranjero coincida con alguno de los supuestos del art. 168 de la Ley Hipotecaria) será siempre precisa la inscripción en el Registro español del título constitutivo, siempre, por supuesto, cuando el bien gravado radique en territorio nacional. Tampoco cabe hacer efectiva sobre bienes sitos en España una

hipoteca judicial (de imposible conversión en anotación preventiva), ya que el Juez extranjero carece de autoridad para dirigir mandamientos a Jueces españoles y, por otro lado, tampoco es posible hacer efectiva la hipoteca en vía de ejecución de sentencia, pues la ejecutoriedad de las extranjeras está circunscrita a las que se dictan en el ejercicio de acciones personales (art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sí, cabe, sin embargo, la inscripción de títulos otorgados en el extranjero, siempre que reúnan los requisitos necesarios de forma y legalización para su acceso al Registro de la Propiedad (15).

2. *Bienes muebles y derechos reales sobre los mismos que consten registrados.*—Las tesis sostenidas en el número anterior respecto de los inmuebles y derechos reales sobre ellos que figuren inscritos son aplicables, en la misma medida, a los demás bienes y derechos registrables.

Cabría hacer matizaciones, pero éstas afectan más al Derecho interno que al internacional privado.

Así, a título de ejemplo, debe tenerse en cuenta:

- Respecto de los *buques*, que rigen los mismos principios que vienen sosteniéndose en cuanto al dominio, pero que hay problemas en cuanto al derecho de hipoteca, ya que la híbrida naturaleza del buque hace dudar respecto de la necesidad del consentimiento uxorio del artículo 1.413 del Código Civil (16).
- Los Registros de hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento y venta a plazos de muebles plantean pocos problemas, pudiendo apuntarse las siguientes notas que afectan al régimen matrimonial:
- *Hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil*: los problemas registrales en relación con la sociedad conyugal son los mismos que se expusieron respecto de los inmuebles, dado que el artículo 1.413 del Código Civil da el mismo tratamiento al establecimiento mercantil que a los inmuebles.
- *La hipoteca de maquinaria industrial* dependerá de sus distintas formas de gravamen a la hora de determinar si habrá de tenerse

(15) Para DE LA CÁMARA el marido por sí solo puede hipotecar; DE CASTRO, considerando el buque como establecimiento mercantil, exige el asentimiento de la esposa, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 9 de abril de 1965, sigue la tesis de DE CASTRO. Un resumen de estas distintas posturas puede verse en CHICO ORTIZ-BONILLA SAN MARTÍN: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1968, tomo II, págs. 425 a 427.

La aplicación del artículo 1.413 es sólo posible en el caso de no constar ningún dato revelador del régimen económico de los cónyuges titulares extranjeros en el Registro. En otro caso, deberá aplicarse lo antes señalado para los inmuebles.

(16) Sobre estas últimas cuestiones, vid. SIMÓ SANTONJA: «Normas sobre bienes», en *El Título Preliminar del Código Civil*, Estudios, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, tomo I, vol. II, págs. 149 y 150.

en cuenta o no el régimen económico-matrimonial de los cónyuges extranjeros; configurado el gravamen como prenda sin desplazamiento (art. 53 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento) o como objeto autónomo de hipoteca mobiliaria (arts. 42 a 44 de la ley últimamente citada), será de aplicación lo que se sostuvo con anterioridad respecto de los inmuebles registrados, teniendo en cuenta que en el caso de no existir constancia de la nacionalidad extranjera del matrimonio titular o de las capitulaciones, el marido podrá disponer del derecho por sí solo, así como constituirlo sobre el bien perteneciente a ambos cónyuges. Lo mismo hay que decir si se da en prenda la maquinaria considerándola como mercancía (art. 22 de la misma Ley de Hipoteca Mobiliaria).

Sin embargo, regirán las normas que se sostenían para el establecimiento mercantil y la hipoteca de inmuebles cuando la maquinaria quede hipotecada juntamente con el establecimiento mercantil (como elemento de éste, según el art. 21 de la ley últimamente citada) o como elemento de la hipoteca inmobiliaria (artículo 111 de la Ley Hipotecaria), respectivamente.

- *Los restantes derechos de hipoteca mobiliaria* (los constituidos sobre automóviles, vehículos de motor, aeronaves, propiedad intelectual e industrial) siguen el régimen general de los bienes muebles, que se expondrá después.
- *Los bienes afectos a prenda sin desplazamiento, prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de venta a plazos y el dominio de las aeronaves* (que tienen la consideración de muebles) se hallan sujetos a las reglas generales sobre los muebles y derechos reales impuestos sobre los mismos.

La protección más o menos eficaz de un Registro u otro (plena protección de terceros o acreedores, reipersecutoriedad plena o simple crédito preferente) dependen, en todo caso, de la legislación española.

Resumiendo lo expuesto hasta aquí (con las excepciones apuntadas relativas a establecimientos mercantiles, buques e hipoteca mobiliaria), debemos distinguir:

A) *Bienes muebles registrados y derechos reales sobre ellos:*

- Si consta del asiento registral la condición de extranjero del o de los titulares, habrá que estar al régimen legal del país de que se trate (pudiendo exigir el Registrador que se acredite dicho régimen: art. 36 del Reglamento Hipotecario, al que se remiten como supletorio los demás preceptos sobre

registros de bienes). Si consta el régimen capitular del mismo Registro habrá que atenerse a éste.

- Si no consta la condición extranjera del matrimonio titular (a no ser que la titularidad sea indivisa entre los cónyuges), el marido es capaz para actos de disposición o gravamen, aunque no lo sea por ley nacional, según los argumentos que se han venido exponiendo: el Registro publica la titularidad sin referencia alguna al Registro extranjero, por lo que el nacional, tercer adquirente del derecho, puede confiar en la inoponibilidad frente a él de lo que no consta en dicho Registro (las circunstancias del régimen económico-matrimonial en este caso).

B) *Bienes muebles no registrados*.—Se plantea en este punto el problema de determinar si la simple posesión, con los requisitos exigidos por las leyes españolas, es o no un régimen de publicidad, a los efectos del artículo 10-1.º del Código Civil. Si se admite que la posesión es a los muebles lo que el Registro de la Propiedad para los inmuebles, no habría más remedio que excluir las circunstancias derivadas del régimen económico-matrimonial frente a terceros españoles que actúen de buena fe (basta con la ignorancia de las circunstancias del régimen de los extranjeros, ya sean pactadas o impuestas por su ley nacional).

Del artículo 10-1.º del Código Civil parece desprenderse que son de aplicación a los muebles situados en territorio nacional las normas del Código Civil sobre posesión. Si aplicamos el título V del Código Civil, no queda otro remedio que derivar de su aplicación los efectos publicitarios y legitimadores de los artículos 438, 448, 460-4.º y, sobre todo, 464. Si a ello se añaden las teorías y preceptos de la prescripción instantánea de mercaderías (arts. 85 y 86 del Código de Comercio), debería concluirse que, en cuanto a los muebles no registrados, rige el Código Civil (salvo mala fe) respecto de los muebles adquiridos de extranjero casado, abstracción hecha de su régimen económico-matrimonial y de la publicidad de éste por Registro no nacional. La protección de la apariencia prima en este punto sobre la tutela de la verdadera titularidad; el legislador se inclina por la seguridad del tráfico.

V. LA PUBLICIDAD MERCANTIL DE LOS CAPÍTULO EXTRANJEROS

La actividad comercial del extranjero casado tiene clara solución en nuestro Derecho positivo: si el Registro Mercantil no publica las capitulaciones (o, en su caso, las escrituras dotalas o los títulos de los parafernales adquiridos por subrogación), éstas no pueden afectar a la contratación

mercantil. Hay que tener en cuenta que en el Registro Mercantil sí cabe la inscripción de comerciantes extranjeros (art. 70-6.º del Reglamento del Registro Mercantil) y, como consecuencia, los actos y contratos a ellos relativos (17)

VI. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

Problema distinto al tratado hasta ahora es el de la publicidad de los capítulos otorgados por español en el extranjero y los requisitos para la eficacia de éstos en España. El problema fue objeto de consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que resolvió en Resolución de 10 de enero de 1973 (18). En ella se establecían las siguientes proposiciones:

«2.º Que si la escritura de capitulaciones afecta a bienes inmuebles situados en España, puede aquélla inscribirse voluntariamente en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar de la situación (art. 1.322 del Código Civil).

3.º Que también, con arreglo al artículo 77 de la Ley del Registro Civil y a los artículos 264 y 265 del Reglamento del Registro Civil (hoy habría que añadir también que con arreglo al art. 1.322 del Código Civil en su redacción de 2 de mayo de 1975), pueden hacerse constar en el Registro Civil español, al margen de la inscripción de matrimonio y a petición del interesado, los actos que se refieran al régimen económico de la sociedad conyugal (19).

4.º Que también debe advertirse que para la plena eficacia del matrimonio en cuestión (se celebró en el extranjero dicho matrimonio) es preciso que el mismo se inscriba en el Registro Civil español (art. 2 de la Ley del Registro Civil). .»

(17) El artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «... los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión». Completan la afirmación del texto los artículos 21, números 9 y 12 (en su redacción de 2 de mayo de 1975), del Código de Comercio y el número 7 del artículo 76, y los 78 y 79 del Reglamento de Registro Mercantil.

Los problemas que plantean los distintos regímenes económicos y los créditos dotales en cuanto a su preferencia y prelación en los supuestos de quiebra de uno de los cónyuges pueden verse en DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., 1977, vol. I, págs. 60 y ss.

(18) Ver el comentario de E. PECOURT GARCÍA en *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, 1975, vol. II, págs. 547 y ss.

(19) Mientras el artículo 77 de la Ley del Registro Civil dice que «... podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», el artículo 1.322 del Código Civil establece: «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales. ».

En Derecho interregional, como al principio apuntamos, se halla resuelto el problema por la unicidad de los Registros de la Propiedad y Civiles, y por los artículos 1.322 del Código Civil, 77 de la Ley del Registro Civil y 264 y 265 del Reglamento de esta última. Con objeto de lograr una mayor seguridad en el ámbito interregional, la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1 de diciembre de 1977 establece, en la nueva redacción del artículo 253, la necesaria constancia de la vecindad civil —común o foral del marido—, y en el artículo 36 del mismo Reglamento se prevén «sucesivas hojas destinadas a certificar las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal...» en los libros de familia.

No obstante, quedan problemas por resolver, pero son todos ellos de Derecho material interno. Entre ellos se encuentra el de la posible colisión de publicidades registrales (20).

VII. CRITERIOS DE «LEGE FERENDA»

De *lege ferenda* no sería excesiva una norma de Derecho internacional privado similar a la del artículo 16 de la Ley Introductoria del derogado BGB: el régimen legal extranjero se asimila a un régimen convencional o pactado. De este modo sólo cabría oponer a terceros el régimen previamente inscrito en el Registro especial de regímenes económico-matrimoniales (*Güterrechtregister*). Para mayor claridad podría completarse el precepto incluyendo en él los capítulos celebrados o inscritos en el extranjero; supuesto éste que incluye el citado precepto alemán. Claro que para ello haría falta crear en nuestro Derecho el Registro especial de regímenes económico-matrimoniales (21).

VIII. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1976

Respecto a una posible ratificación por el Estado español de la Convención de La Haya de 1976 (bastante probable dada la fiebre de tratados de nuestros legisladores de un tiempo a esta parte), en cuanto al

(20) Piénsese en un casado sometido al régimen de gananciales y con matrimonio no inscrito en el Registro Civil que tenga registrados bienes a nombre de la sociedad de gananciales (art. 95-1.º del Reglamento Hipotecario). ¿Qué publicidad prevalece: la inmobiliaria o la negativa del Registro Civil?

(21) Dicha creación fue propuesta en una de las conclusiones de las I Jornadas del Instituto Español de Derecho Foral celebradas en Pamplona en 1975.

artículo 9 de la misma (22), deberían hacerse, para mayor seguridad y justicia, las siguientes especificaciones (posibilidad de especificar prevista en el mismo texto):

1. Al número 2 del párrafo tercero debería añadirse una referencia a la buena fe.

2. Respecto al párrafo tercero, exigir constancia en el Registro de la Propiedad del régimen económico-matrimonial, en virtud de documento auténtico, para la oponibilidad del mismo a terceros.

IX. UN CONSEJO PRÁCTICO

Para terminar, a efectos notariales, un consejo práctico: Ante la comparecencia de un extranjero casado, preguntar si otorgó o no capítulos; si los otorgó, decir su contenido, y si no, afianzar su responsabilidad haciéndole que manifieste la inexistencia en el instrumento (incurriría en delito de falsedad en documento público). Si hay capítulos y se inserta en la escritura su contenido, éste será avalado bien por la responsabilidad del o de los manifestantes (ambos cónyuges), o mejor, que se presente documento auténtico legalizado y legitimado en debida forma (la escritura o certificación del Registro Civil o del especial de regímenes económico-matrimoniales).

X. CONCLUSIONES

1.^a La publicidad de las capitulaciones y los efectos de ella derivados no son oponibles frente a terceros españoles cuando aquélla deriva de un Registro extranjero.

(22) Article 9. Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention.

Toutefois, le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposé par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins:

1. que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou

2. que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Le droit de l'Etat contractant où un immeuble est situé peut prévoir une règle analogue pour les rapports juridiques entre un époux et un tiers concernant cet immeuble.

Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 du présent article.

2.^a Si la publicidad deriva de un Registro español, aunque lo que publique sea un régimen económico-matrimonial de extranjeros, los efectos publicitarios se producen con plena eficacia dentro de las fronteras del Estado español.

3.^a En cuanto a bienes muebles y derechos reales sobre ellos, la posesión es una forma de publicidad y produce todos sus efectos.

4.^a Queda siempre a salvo la buena fe, consistente en la ignorancia del contenido de las capitulaciones de los extranjeros.

5.^a Nuestro sistema de publicidad de capitulaciones es endeble, máxime teniendo en cuenta nuestra peculiaridad interregional, y debe ser reformado.

JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE

Notario

Registrador de la Propiedad

El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada

Se ha dicho ya muchas veces que el Derecho civil es el Derecho del individuo. Vamos a ver en el presente trabajo en qué medida contribuye al desarrollo de la vida del hombre como tal, desprovisto de toda otra consideración que lo califique como algo más que de simple ser humano.

SAVIGNY (1) distinguía entre ley y negocio jurídico, porque la ley es la fuente de Derecho en sentido objetivo, mientras el negocio jurídico sólo es fuente de relaciones jurídicas que implican derechos y deberes subjetivos. Contra esta posición, que ha tenido un gran número de adeptos, se argumenta que si se quiere mantener la afirmación de que el negocio jurídico es fuente de relaciones jurídicas, es necesario mantener que es fuente de Derecho objetivo. DUGUIT (2) afirma que la primera realidad de que es necesario partir no es, en absoluto, la existencia de derechos subjetivos, sino la del Derecho objetivo, del que procede todo el mundo jurídico y, concretamente, las obligaciones. Tanto el Derecho subjetivo como el deber jurídico existen en cuanto exista una regla, una norma.

FERRI (3) considera el negocio jurídico como fuente normativa, entendiendo tal expresión en el sentido de modo de manifestación de normas jurídicas. Entiende que la expresión fuente normativa es equivalente a fuente de conocimiento y también a fuente de producción. Cuando se habla de fuente normativa, se pone de relieve el contenido del acto creador del Derecho; el negocio jurídico es fuente normativa en cuanto tiene un contenido individual, es decir, que se dirige a personas concretas y determinadas. Piensa que la idea de negocio jurídico, fuente normativa, es fecunda en desarrollos en el campo de la teoría del negocio jurídico, la

(1) *Sistema del diritto romano attuale*, tomo I, Turín, 1886, pág. 40.

(2) *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, París, 1921, pág. 339.

(3) *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, páginas 31 y ss.

cual, en el estado actual de la doctrina, no puede decirse que haya hecho verdaderos progresos, hasta el punto de que no faltan voces que han puesto en duda la utilidad de un concepto unitario de negocio jurídico. Afirma el mismo autor, cuya posición estamos exponiendo, que el concepto de negocio jurídico como fuente normativa se basa sobre el presupuesto de que no todo el Derecho es expresión de la voluntad general o de la voluntad de la comunidad; si no se admite tal presupuesto, no se puede afirmar con coherencia que el negocio contenga Derecho.

Por nuestra parte, no creemos, sin embargo, que pueda hacerse una afirmación tan tajante, o mejor, tan absoluta. Creemos, sí, que el negocio jurídico es fuente de unas reglas de conducta que obligan a las partes que en el mismo intervienen, pues de lo contrario no tendría sentido la existencia del negocio, ya que carecería de utilidad. Pero, evidentemente, cuando decimos que el negocio jurídico es fuente de derechos, no queremos decir lo mismo que cuando afirmamos que la ley, la costumbre o la jurisprudencia lo son, porque precisamente si en un Ordenamiento positivo puede admitirse que un Derecho subjetivo y su correlativo deber (una relación jurídica, en suma), derivados de un negocio jurídico, tengan eficacia real y obliguen a las partes, es porque así está reconocido y admitido en el Derecho positivo. El negocio jurídico tiene trascendencia normativa, es capaz de crear unas normas que obliguen a las partes a una determinada conducta, porque la ley le concede esa virtualidad. Por ello precisamente existen negocios jurídicos que carecen de virtualidad normativa, porque están privados de esa fuerza que les otorga el ordenamiento positivo, por ser contrarios al mismo, a la moral o al orden público.

DÍEZ PICAZO (4) dice que la relación jurídica, que normalmente nace de un acto de autonomía de las partes, puede excepcionalmente venir a la vida sin que sus titulares lo hayan querido, por un mandato heterónomo que sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta el poder, que le autoriza para constituir relaciones jurídicas de Derecho privado. Estos actos pueden ser de dos clases: actos administrativos y actos emanados del poder judicial (5); pero trasladando estos conceptos a las fuentes del Ordenamiento jurídico, resulta que de la ley siempre procede un mandato heterónomo, un acto de imposición jurídica. La autonomía de la voluntad sólo puede desarrollarse en el marco de la heteronomía del Derecho positivo, o dicho en otras palabras, la autonomía privada de la que nace el negocio jurídico recibe su eficacia del Derecho objetivo, y será válido y eficaz cuando esa validez y eficacia sea reconocida por aquél. No puede hablarse en un plano de igualdad de la regla emanada de un negocio

(4) «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, página 85.

(5) DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1965, pág. 216.

jurídico y de la emanada de la ley o de las fuentes jurídicas que cada Ordenamiento establece o reconoce como fuentes del Derecho. La eficacia de la voluntad privada como elemento de originación de reglas de conducta, se apoya en el reconocimiento del Derecho positivo y se distingue del mismo en que sólo obliga a los que voluntariamente se someten a ella, mientras que el Derecho objetivo obliga a todos, incluso aunque no lo conozcan (art. 6-1 del Código Civil). El Derecho objetivo fija los cauces y señala los límites para el ejercicio de la voluntad de los ciudadanos. Pero lo característico del Derecho civil (y del Derecho privado, en general) es que esta autonomía privada tiene un amplio campo de actuación. El Derecho objetivo señala amplios cauces al desarrollo de la voluntad privada, y aunque no deja de establecer limitaciones, éstas son en realidad escasas y generales. Ahora bien, el alcance de la libertad individual para crear relaciones jurídicas no es el mismo en todas las ramas del Derecho civil. Mientras en el Derecho de la contratación apenas tiene más limitaciones que las generales, en el Derecho de familia éstas son mucho más abundantes; por ello conviene examinar la posibilidad de actuación privada en cada parte del Derecho civil.

DÍEZ PICAZO (6) señala que una consecuencia ineludible de la dignidad que necesariamente acompaña a la persona es el reconocimiento por el Ordenamiento jurídico de un ámbito de poder y de un ámbito de responsabilidad, que son las coordinadas en las que se desenvuelve la vida jurídica de la persona. El reconocimiento efectivo del valor de la persona por el Derecho positivo no sólo emana de las disposiciones legales, sino, sobre todo, del funcionamiento de los principios generales.

La fuerza espontánea de la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad, la concesión de un «ámbito de confianza» a la persona, de acuerdo con la propia naturaleza social del hombre, es por ello provechosa para toda la vida de la comunidad. El reconocimiento de un poder jurídico a la persona supone la participación activa de la misma en la organización jurídica, aportando así un nuevo elemento de fuerza y de seguridad social.

Este poder jurídico de la persona se diversifica en dos sentidos: uno, la persona capaz tiene la posibilidad de colaborar jurídicamente formando nuevos vínculos legales. Junto a este poder de carácter general que es la autonomía, el Ordenamiento jurídico atribuye y reconoce a la persona una serie de parcelas de poder sobre partes determinadas de la realidad para conseguir concretos fines vitales: así, el poder de uso y disposición sobre las propias cosas, el disfrute sobre cosas ajenas cedidas por otros con este fin, el poder de exigir de otros cantidades de dinero en virtud de

(6) *Lecciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1967, págs. 322 y ss

un derecho de crédito, el poder de exigir obediencia a los hijos. Todo esto demuestra que el individuo es un centro de imputación de una serie de conjuntos de poder que el Ordenamiento jurídico le facilita.

Junto a esta serie de poderes, el Ordenamiento jurídico impone a la persona una serie de deberes y, como consecuencia, una serie de responsabilidades; ésta constituye la llamada esfera jurídica de la persona.

Se ha discutido si esta esfera jurídica contiene sólo situaciones de poder (activas) o también de deber y responsabilidad (pasivas). Creemos que en este punto no se pueden hacer distinciones y la llamada esfera jurídica comprende ambos tipos.

Y ahora, como antes anunciábamos, vamos a proceder a investigar el alcance de la autonomía de la voluntad en las diversas materias que constituyen el contenido del Derecho civil.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La esfera jurídica de la persona se diversifica en la esfera personal y en la patrimonial, y dentro de la primera cabe distinguir entre bienes corporales y bienes espirituales.

La primera manifestación de la autonomía de la voluntad en relación con el propio cuerpo la constituye la posibilidad de disponer, en cierta medida, del mismo. DÍEZ PICAZO (7) puntualiza que hay que distinguir entre el poder de la persona de utilizar su propio cuerpo de la manera que tenga por conveniente, el poder de atribuir a otros una utilización del propio cuerpo, el poder de la persona de consentir la separación de partes integrantes del propio cuerpo, el poder de la persona sobre las partes separadas y el poder de la persona de autolimitar voluntariamente cualquiera de las formas anteriores de poder.

Desde nuestro punto de vista, sólo nos interesa el poder de la persona de atribuir a otros la utilización de su propio cuerpo y el poder de consentir la separación de partes del mismo, pues son las únicas que pueden dar lugar a negocios jurídicos como expresión de la autonomía de la voluntad.

Se ha discutido mucho si puede o no admitirse un Derecho subjetivo y, por tanto, una posibilidad de disposición sobre el propio cuerpo. No faltan autores que lo niegan porque supondría un derecho de la persona sobre sí misma, lo que es rechazable porque ésta sería al mismo tiempo sujeto y objeto de derechos. Otros, en cambio, sostienen esta posibilidad. DÍEZ PICAZO (8) cree que la posibilidad de la persona de disponer en

(7) *Op. cit.*, tomo I, pág. 339.

(8) *Op. cit.*, tomo I, pág. cit.

ciertos casos de su propio cuerpo es una simple facultad reconocida por el Ordenamiento jurídico, pero no un verdadero y propio Derecho subjetivo.

Pero en cualquier caso, el individuo podrá disponer de su propio cuerpo, atribuyendo su utilización a otros en el ejercicio de su libre voluntad, siempre que la relación jurídica que se establezca no sea contraria a la ley, la moral o los principios rectores de nuestro Ordenamiento jurídico.

En cuanto al poder de la persona de consentir la separación de partes de su propio cuerpo, se plantean mayores problemas. Creemos que para su solución hay que distinguir entre partes esenciales y accidentales y tener en cuenta la finalidad de la separación.

Estimamos que pueden considerarse partes accidentales, desde el punto de vista jurídico, aquellas que se reproducen, como el pelo, las uñas, la sangre, la piel..., y partes esenciales las demás. Las primeras pueden ser objeto de negocios jurídicos siempre que la separación de dichas partes no ponga en peligro la vida o la salud (como ocurriría con una extracción abusiva de sangre). En algunos casos es frecuente la contratación sobre estas partes como ocurre con el cabello humano, del que existe un importante comercio internacional para la fabricación de pelucas.

Respecto a las partes esenciales hay que tener en cuenta que contribuyen a la integridad física del sujeto, que no puede ser violada ni con el consentimiento del mismo. Sólo la preservación de un valor superior, como la vida o la recuperación de la salud (aquí entra la idea de fin, a que anteriormente aludimos), puede justificar la lesión de la integridad física, por ejemplo, mediante una operación quirúrgica, y, por tanto, en estos casos, la privación de una parte esencial puede ser objeto de un negocio jurídico.

El acto de disposición sobre el propio cuerpo o alguna de sus partes, que, como hemos visto, puede constituir un negocio jurídico y, en particular, un contrato, será válido, con todas sus consecuencias cuando el acto de disposición sea lícito; si se trata de una disposición prohibida, el negocio será nulo y, por tanto, inexigible, por ilicitud de su causa.

Las partes separadas del cuerpo son cosas y sobre ellas cabe un derecho de propiedad. Otra cuestión es el derecho sobre el cadáver. El cadáver es, según DE CUPIS, un residuo de la personalidad, lo que resta después de la separación del alma, que unida al cuerpo forma la persona. No es equiparable a las cosas, pues ha sido el cuerpo de una persona y conserva tal condición. En general, se opina por la doctrina que el cadáver está absolutamente fuera del comercio. Pero en realidad hay que distinguir dos cuestiones: la disposición sobre el propio cadáver hecha en acto *mortis causa* o la hecha por los herederos dando al cadáver un determinado des-

tino (la investigación médica, por ejemplo) y la contratación sobre el mismo, que es inadmisibles según la generalidad de la doctrina.

El derecho a la propia libertad, concebido como el poder de desplegar la propia actividad física, psíquica e intelectual, puede ser configurado como un derecho único constituido por un conjunto de facultades o como varios derechos distintos. Desde luego, no todas las manifestaciones de la libertad pueden considerarse derechos subjetivos, pues no tiene el sujeto un poder sobre los mismos.

La propia libertad está sujeta a la autonomía privada en función de la medida en que se pretenda ceder. Una entrega absoluta y total de la libertad a otro sujeto verificada mediante un contrato daría lugar a la nulidad del mismo, y lo mismo ocurriría con una cesión desmesurada (arrendamiento de servicios para toda la vida, contrato con cláusulas de no contraer matrimonio); pero una limitación parcial de la libertad es plenamente admisible y necesaria al Derecho, pues sin ella no serían posibles las relaciones jurídicas ni los negocios jurídicos, pues todos suponen una limitación de la libertad en cuanto que el sujeto se obliga a actuar en un determinado sentido.

El derecho sobre la propia imagen, estudiado ampliamente por GITRAMA (9), también puede ser objeto de negocio jurídico por estar sujeto a la voluntad de su titular.

También la propiedad intelectual (considerada por un sector de la doctrina como uno de los derechos de la personalidad) puede ser objeto de disposición por su titular; pero además de las limitaciones generales, tiene las derivadas de su propia naturaleza, ya que no queda absolutamente desligada del autor, como lo demuestra el hecho de que aunque éste la enajene vuelve a sus herederos forzosos a los veinticinco años de su muerte y dura otros cincuenta y cinco.

El derecho al secreto de correspondencia también es negociable y está sujeto a la autonomía de la voluntad (por ejemplo, es frecuente delegar en una secretaria la facultad de abrir la propia correspondencia).

En cambio, no puede ser negociado el derecho al honor y a la fama pública y privada, pues cae fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, ya que dicha negociación supondría la renuncia a un derecho irrenunciable y sería contraria a la moral y a las buenas costumbres. Otra cosa sería la renuncia a una indemnización derivada de la comisión de un delito de injurias, pues aquella sí que está dentro del ámbito de la autonomía privada.

El derecho al nombre, como signo de permanente identificación del sujeto, tampoco está sometido a la autonomía privada. Su adquisición

(9) «El derecho a la propia imagen», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XI, págs. 301 y ss.

y modificación están sujetas a unas formas taxativamente establecidas por el Derecho objetivo y con amplia intervención de las autoridades administrativas y registros públicos.

Tampoco es negociable, en absoluto, el derecho a la vida. La persona no ostenta un poder sobre su propia vida: el homicidio es sancionable, aunque se realice con el consentimiento de la víctima o se haga para evitarle sufrimientos, caso de la eutanasia.

Tampoco es lícito poner en peligro la vida o la salud, como no sea con un fin superior (en defensa de la patria, para salvar vidas ajenas...); pero lo que no parece lícito es poner en peligro la vida para obtener un lucro, como ocurre en las exhibiciones circenses, combates de boxeo..., en la medida en que la pongan en peligro. Sin embargo, los Derechos positivos de todos los países admiten la licitud de los contratos sobre estas actividades, de modo que en estos supuestos específicos en que se hallan expresamente admitidos hay que aceptar la validez de los mismos y, por tanto, la posibilidad de negociar sobre ciertos actos que ponen en peligro la vida de una de las partes.

En conclusión, podemos afirmar que la protección de los llamados bienes de la personalidad se produce en unas hipótesis a través de la atribución de un Derecho subjetivo, y otras mediante la imposición a la sociedad de un deber de respeto. Dicho deber se encuentra normalmente reconocido de una manera indirecta y frecuentemente protegido por el Derecho penal... Todo daño ocasionado a un bien de la personalidad es un acto ilícito y origina una sanción, lo que presupone necesariamente un deber de respeto reconocido en el Ordenamiento, por lo menos implícitamente, puesto que sin dicho reconocimiento la ilicitud y la sanción no resultarían lógicas.

Los bienes de la personalidad son, en general, los que se hallan más alejados del principio de autonomía de la voluntad. Únicamente cuando se configuran como derechos subjetivos pueden ser objeto de negocios jurídicos y están sometidos al citado principio, pero sólo dentro de los límites establecidos por la ley, la moral y los principios generales del Ordenamiento jurídico y orden público.

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN

La autonomía contractual es un principio capital del Derecho civil español, que se concreta en el artículo 1.255 de nuestro Código, cuando afirma que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Como señala MANRESA (10), este precepto tiene un doble alcance: de un lado, reconoce la libertad de contratación y fija sus restricciones, y de otro, da amplia base a la existencia de contratos innominados. Producto el contrato de la libre voluntad de las partes para crear una relación jurídica especial, ha de regirse ésta con preferencia por lo que quisieron o convinieron aquellos a quienes liga. Esta libre variedad de estipulaciones responde de tal modo a la esencia del contrato, que como forma indispensable de la libertad humana aparece más o menos amplia e igual aun allí donde las manifestaciones de aquéllos apenas existen.

Dice PUIG BRUTAU (11) que no sólo se concede un amplio margen de libertad por lo que se refiere al contenido de los contratos, sino que también se procura mantener el ejercicio de su libertad desligado de los requisitos de pura forma. Por ello señala nuestro Código que los contratos existen «desde que una o varias personas consienten en obligarse» (artículo 1.254) y que se «perfeccionan por el mero consentimiento» (artículo 1.258). Mediante la simple prestación del consentimiento cabe, pues, que dos sujetos queden obligados según los pactos, cláusulas y condiciones que hayan estimado oportuno establecer.

Pero la libertad contractual, como es lógico, debe mantenerse dentro de ciertos límites. No cabe, por tanto, alterar los preceptos relativos a la capacidad contractual ni los que determinan qué objetos son de lícita y posible contratación, ni se puede perseguir un fin ilícito, inmoral o ilegal, ni es posible tampoco alterar la propia estructura de los contratos en cuanto esté configurada por normas de carácter imperativo. La distinción entre Derecho necesario y Derecho voluntario señala, en definitiva, ciertos límites a la autonomía de la voluntad. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la de 17 de febrero de 1925, en la que afirma que «el artículo 1.255 del Código Civil, reconociendo la libertad de contratación, establece como regla primordial para crear una relación jurídica entre los interesados, la voluntad de los mismos, limitada aquélla por restricciones que el precepto indica, entre las que figura, en primer lugar, la oposición de lo convenido a las leyes que tengan carácter prohibitivo u obligatorio o determinen los requisitos esenciales del contrato», y en la de 2 de abril de 1946 declara que la «evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración cada vez mayor de los elementos éticos y sociales de tono imperativo, que de modo, en general, absoluto disciplinan las relaciones de Derecho privado imprimiéndoles carácter público a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su amplia y clásica esfera de acción».

(10) *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Madrid, 1907, pág. 604.

(11) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 52.

Además, de las restricciones propias de cada contrato existen otras de carácter general afectantes a la libertad de contratación. Otras limitaciones resultan de las disposiciones reguladoras de nuevas situaciones, como ocurre, por ejemplo, con las leyes de arrendamientos o que tratan de amparar intereses generales desde un punto de vista más próximo a la equidad que al Derecho estricto.

Existen limitaciones generales contenidas en el Código Civil: según el artículo 1.102 es nula la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo; según el artículo 1.116, no pueden ser admitidas condiciones imposibles contrarias a las buenas costumbres o prohibidas por la ley bajo pena de nulidad de la obligación que de ellas dependa; según el artículo 1.256, «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»; el artículo 1.272 establece que no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles, y según el artículo 1.275, los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Existen también limitaciones derivadas de motivos de política social, como ocurre en los ya citados casos de arrendamiento, tanto rústico como urbano, y en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos o suministro de productos de primera necesidad, hasta el punto de que en muchos casos las normas de Derecho necesario han convertido ciertas relaciones originariamente contractuales—continúa diciendo PUIG BRUTAU—en relaciones que implican preponderancia de obligaciones de origen legal y significan, por tanto, cierta regresión del concepto de contrato al de *status*.

Al celebrar un contrato—dice DÍEZ PICAZO (12)—, los contratantes no se limitan a declarar que quieren algo, sino que lo hacen con intención de obligarse y efectivamente se obligan. Los contratantes más que declarar una voluntad, se comprometen. El contrato aparece, según esto, como la previsión, por ellos mismos formulada, de la conducta que en sus recíprocas relaciones deberán observar. Estas reglas de conducta que el contrato contiene, se denominan en nuestro Derecho pactos, cláusulas y condiciones (en sentido impropio), como resulta del artículo 1.255.

En las leyes modernas latén dos sentidos distintos de la palabra «pacto»: como contrato y como las particulares reglas o disposiciones contractuales (pacto comisorio, pacto de retroventa). Lo mismo puede decirse de la palabra estipulación.

Con la palabra cláusula se alude también a cada una de las disposiciones del contrato, pero existe una importante diferencia entre la idea de pacto o estipulación y la de cláusula. El pacto y la estipulación son siempre singulares disposiciones de un contrato o negocio jurídico bilateral

(12) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, páginas 228 y ss.

o plurilateral, mientras la cláusula es una particular disposición negocial admisible en toda clase de negocios jurídicos, incluidos los unilaterales.

Por otra parte, la idea de cláusula alude más al documento que al contrato. DÍEZ PICAZO, citando a CARNELUTTI, afirma que la cláusula es siempre parte de un documento. No puede hablarse de cláusulas en un contrato verbal, pero sí se puede hablar de pactos y estipulaciones. Ahora bien, si la idea de cláusula se toma como parte de un documento, como quiera que los conceptos del documento y contrato no son equivalentes puede resultar que con la expresión cláusula nos estemos refiriendo a una particular disposición contractual, como ocurre, por ejemplo, con la cláusula compromisoria con la que se designa el contrato de arbitraje.

Por lo que se refiere a la expresión «condiciones», hay que señalar que a veces se utiliza para referirse a las particulares disposiciones de un contrato; por ejemplo, si se habla de las condiciones generales de los contratos o de las condiciones de un contrato determinado, como el de arrendamiento (art. 1.569-80) o sociedad conyugal (art. 1.315). Pero la expresión tiene en el artículo 1.255 un valor muy dudoso, pues en sentido técnico es una determinación accesorio a la voluntad, en virtud de la cual se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto la ineficacia de un negocio jurídico.

No todas las reglas emanadas de un contrato tienen la misma importancia en relación con éste, lo que nos permite hablar de un contenido esencial y de un contenido accidental del mismo. Esta afirmación tiene una indudable trascendencia práctica. La llamada nulidad parcial sólo es posible cuando el defecto afecta a la llamada parte accidental del contrato.

En un sentido análogo el artículo 1.289 habla de «circunstancias accidentales del contrato» y de «objeto principal del contrato», y el artículo 1.794, al tratar del contenido de la póliza de seguro, distingue entre un contenido esencial del contrato y un contenido accidental. El problema se encuentra siempre en distinguir lo esencial de lo que no lo es en aquellos casos en que la cuestión no está resuelta por la ley, fijando un contenido mínimo a un tipo determinado de contrato. Si las partes en este supuesto no le otorgan ese contenido mínimo habrán celebrado un contrato distinto, pero en los demás casos surge la dificultad. DÍEZ PICAZO (13) dice que es esencial aquella parte del contenido reglamentario de un contrato sin la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual ni el intento empírico conseguido por las partes. Es accidental aquel contenido que no es necesario para lograr aquellos fines.

(13) *Fundamentos...*, cit., pág. 232.

Del contenido del artículo 1.255 se deduce, como señala MANRESA (14), que se puede pactar todo lo que las restricciones del citado precepto no prohíban. Como estas prohibiciones pueden emanar de la ley, la moral y el orden público, vamos a examinarlas brevemente.

La más precisa de estas restricciones es la ley: no será lícito pactar lo que sea contrario a las leyes. Pero la mayoría de los preceptos sobre contratación constituyen normas supletorias que expresan los efectos naturales de cada contrato, y que por ser de carácter dispositivo pueden ser ignoradas y modificadas por la voluntad de las partes estableciendo los pactos que mejor se ajusten a lo que éstas pretenden. Los límites están contenidos en las leyes imperativas y prohibitivas; el artículo 6-3 del nuevo Título Preliminar del Código establece que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

La restricción nacida de la oposición de lo pactado a la moral es más difícil de apreciar en cada caso concreto, pues hay supuestos en que es evidente, pero también hay muchos en los que no ocurre otro tanto. Es necesario no alterar la distinción entre lo moral y lo jurídico, pues no se pueden convertir en jurídicas las reglas morales de un modo total y absoluto. Por lo pronto, ha de entenderse la moral referida a principios claros e indiscutidos, teniendo en cuenta las concepciones sociales vigentes en el momento que se pretenda que juegue la moral como limitación de la voluntad privada.

El orden público debe entenderse aquí como un límite a la libertad de contratación, por lo que interesa mucho precisar su concepto; pero entonces nos encontramos con grandes dificultades, pues es un concepto difícilmente aprehensible. Del artículo 1 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 puede deducirse que son contrarios al orden público los pactos que ataquen el funcionamiento de las instituciones, la paz interior y el ejercicio de los derechos individuales.

DORAL (15) dice que el orden público no se contiene exclusivamente en los preceptos legales, no se reduce a ser el contenido típico de una determinada clase de leyes y la jurisprudencia; compone el entorno en que se desenvuelven las mismas. Es el núcleo del orden social nunca acabado y perfecto, pues tiende a perfeccionarse en sucesivos logros. Las líneas por las cuales discurre hoy el orden público son, según el citado autor, el respeto a la libertad, la igualdad ante la ley y la representatividad.

Por último, y aunque lo veremos más detenidamente después, con ca-

(14) *Op. cit.*, vol. cit., pág. 605.

(15) *Noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967, páginas 136 y ss.

rácter general, no queremos silenciar aquí el ataque que la libertad de contratación está sufriendo por parte del Derecho público en nuestros días, principalmente del Derecho administrativo.

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS DERECHOS REALES

La autonomía de la voluntad en relación con los derechos reales, se concreta en la cuestión del *numerus clausus* o del *numerus apertus*, con referencia a los mismos. Según el primer sistema, únicamente existen los tipos de derechos reales reconocidos y regulados en las leyes, siendo imposible que por la voluntad privada puedan crearse unos derechos reales distintos de los legalmente admitidos.

Según el sistema de *numerus apertus*, los particulares pueden crear derechos reales distintos de los taxativamente regulados en el Derecho positivo. O sea, que la libertad privada se manifiesta en la creación de derechos reales con la misma amplitud que en la creación de derechos de obligación.

Esta cuestión ha sido estudiada por DÍEZ PICAZO (16) en un reciente trabajo, en el que después de plantearse el problema en términos generales, pasa a estudiarlo en el Derecho español. Recoge la afirmación de CASTÁN de que si bien en nuestro Derecho se acepta generalmente el sistema de libertad en la constitución de los derechos reales, el marco de los derechos reales típicos es tan amplio que dentro de él tienen cabida cuantas modalidades puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes.

Frente a esta opinión se encuentra gran número de autores, principalmente hipotecaristas, que afirman que no puede hablarse de libre creación de derechos reales, pues no pueden admitirse otros que aquellos que estructuralmente reúnen los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. En nuestra opinión, decir esto es tanto como no decir nada, pues si las partes quieren constituir un derecho real, es evidente que deberá reunir los elementos estructurales de los derechos reales. El problema está en si las partes pueden o no crear derechos no reconocidos en el Ordenamiento jurídico que reúnan los elementos estructurales de los repetidos derechos reales.

Como pone de manifiesto CASTÁN (17), en Derecho romano, el número de derechos reales limitativos era cerrado: el Ordenamiento jurídico había establecido determinados tipos de ellos y no podía crearse otros.

(16) «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, págs. 273 y ss.

(17) *Op. cit.*, vol. II, pág. 41.

En cambio, en los Ordenamientos germánicos, se concedía la posibilidad de dar efecto real, mediante la Gewere, a cualquier relación jurídica referida a una cosa.

En las legislaciones modernas, el sistema de *numerus clausus* ha alcanzado gran difusión, siendo el existente en Alemania, Argentina, Austria, Finlandia, Holanda, Hungría, Italia (según la generalidad de la doctrina) (18), Japón, Portugal, Suecia, Suiza. En Francia, la doctrina suele admitir el sistema de *numerus apertus*, al igual que en España. El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria parece dar por supuesta la libertad de crear derechos reales al hablar de «otros cualesquiera derechos reales», y el artículo 7 del Reglamento hace lo mismo cuando considera inscribible «cualquier otro contrato de trascendencia real que *sin tener nombre propio en Derecho* modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales». Lo que ocurre es que el marco de los derechos reales típicos y especialmente de las servidumbres, reales o personales, es tan amplio en nuestro Derecho que dentro de él, cuando no dentro de la copropiedad o comunidad de bienes, tendrán cabida casi siempre cuantas modalidades o limitaciones puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes (19).

ROCA SASTRE señala que aunque el contraste entre el sistema de *numerus apertus* y *numerus clausus* es notable, en el fondo la diferencia es puramente formal, pues, por una parte, los Ordenamientos que admiten el sistema limitativo considerando derechos reales sólo los admitidos por la ley, aceptan algunos tipos que por su amplitud constituyen un molde que permite catalogar en él numerosas figuras que corresponden a otros tantos derechos reales, y por otro lado, los sistemas de *numerus apertus* no conceden una libertad ilimitada. Afirma, como conclusión a lo anterior y con referencia a nuestro sistema, que aunque formalmente se diga que impera la regla de *numerus apertus*, rige en la práctica la de *numerus clausus* (20).

DÍEZ PICAZO, en el trabajo anteriormente citado (21), después de examinar numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros, afirma que el problema no estriba tanto en decidir si el número de derechos reales de nuestro Derecho positivo es abierto o cerrado, cuanto en buscar los auténticos límites de la voluntad y de la libertad individual al respecto.

(18) MESSINEO: *Manuale del Diritto Civile e Commerciale*. vol. II, pág. 367, Milano, 1965.

(19) CASTÁN: *Op. cit.*, vol. cit., pág. 43.

(20) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, Ed Bosch, Barcelona, 1968, páginas 335 y ss.

(21) Página 293.

La voluntad individual puede, efectivamente, crear nuevos tipos de derechos reales, pero ha de hacerlo ajustándose a unos cauces y dentro de unos límites determinados. La cuestión consiste en averiguar cuáles son estos límites. Con base en las resoluciones de la Dirección General entresaca las siguientes máximas: *a)* la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra preceptos civiles; *b)* hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* la manifestación de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos, y las características externas que han de trascender a terceros; *d)* las orientaciones limitativas encierran indudables ventajas porque favorecen la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *e)* para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.

No puede dudarse de que en nuestro Derecho son admisibles derechos reales atípicos y que, por consiguiente, rige el sistema de *numerus apertus*. Hasta que el derecho de superficie fue admitido en la Ley del Suelo, constituía un derecho real atípico, que a pesar de ello podía ser pactado con efectos reales. La cuestión radica en determinar bajo qué límites y en qué condiciones la autonomía de la voluntad puede desplegarse eficazmente. Por ello se piensa que el problema hay que plantearlo a diferentes niveles. Afirma SANTOS BRIZ que hay que tener en cuenta para la constitución de los derechos reales innominados, la limitación jurídica que establece el artículo 1.255 para todo fenómeno de autonomía privada. Es claro que los pactos, cláusulas y condiciones de los negocios jurídicos creadores de derechos reales no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Además de estos límites generales hay que tener en cuenta otros más especiales; así, en caso de duda sobre si las partes han querido atribuir a un determinado derecho efectos reales o personales, nuestra jurisprudencia hipotecaria se inclina por la segunda posición. Ello significa que en caso de duda hay que inclinarse por el carácter puramente obligacional del derecho negocialmente creado.

Es necesaria también la plena determinación objetiva del derecho real, como consecuencia del principio de especialidad, que debe referirse al objeto sobre el cual recae y a aquellos elementos de su contenido necesarios para el pleno desarrollo del mismo. Existe alguna distancia entre la determinación que se exige a un derecho real y la propia de los derechos obligacionales. Por ello puede ocurrir que un derecho cumpla las exigencias propias de los derechos de obligación y no las de los derechos reales. Estos para poder tener acceso al Registro de la Propiedad, instrumento idóneo de publicidad de los mismos cuando recaigan sobre bienes inmue-

bles, han de reunir los requisitos de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. La Jurisprudencia Hipotecaria ha negado con frecuencia la inscribibilidad a los derechos por carecer de los requisitos esenciales exigidos por los citados preceptos para cada supuesto.

También es necesario que se llenen los requisitos de forma y publicidad. El artículo 1.280 exige que consten en documento público los actos de creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales inmobiliarios. La falta de documentación pública no priva de validez al contrato. El artículo 1.279 concede a los contratantes la facultad de compelerse recíprocamente a llenar la forma legal, y esto ya es efecto del contrato; pero pensamos con DÍEZ PICAZO que parece bastante claro que un negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura o documento público, sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio en orden a los derechos reales inmobiliarios.

Lo mismo puede decirse de las condiciones de publicidad que son presupuesto de disponibilidad del negocio respecto a terceros. En materia de derechos reales inmobiliarios puede afirmarse que en el negocio constitutivo de un derecho real, al que no se haya dotado de la necesaria publicidad y, en particular, de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real. Por lo que se refiere a los bienes muebles, la publicidad formal se encuentra sustituida por la publicidad posesoria. Sólo cuando el adquirente ha sido investido de la posesión de la cosa mueble, alcanza su derecho sobre la misma un pleno efecto real oponible a terceros.

Todo lo anterior, que es evidente, quiere decir que si bien la autonomía privada es capaz de crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad (22).

Con referencia a la causa hay que destacar que cuando se reconoce a la voluntad individual plena fuerza para crear derechos reales atípicos, se está olvidando que la voluntad ligada con una causa es fuente suficiente de obligaciones, pero que no lo es, en cambio, por sí sola para la creación de derechos reales.

De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económica-social, es a la que se está haciendo referencia cuando se señala

(22) DÍEZ PICAZO: *Autonomía privada* .. cit., págs. 299 y 300.

que para entender constituido un derecho real es menester que se cumplan o se traten de satisfacer necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podría llenar (23).

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO DE FAMILIA

VON TUHR hace años que puso de relieve que además de los negocios jurídicos patrimoniales, en los que normalmente se piensa cuando se emplea este término, existen también los negocios jurídicos de Derecho de familia «en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo» (24), y en el mismo sentido, BETTI incluye los negocios de Derecho de familia dentro de su doctrina general sobre el negocio jurídico (25). Díez PICAZO afirma la posibilidad de construir con carácter general la figura del negocio jurídico de Derecho de familia, que define como «acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar» (26). También DE CASTRO reconoce la existencia de negocios jurídicos de Derecho de familia, si bien pone el acento en las peculiaridades que ofrecen, dado que lo íntimo de las relaciones familiares hace que conductas de las que normalmente se induciría la existencia de negocios jurídicos sean consideradas extrañas al campo negocial (27).

CASTÁN VÁZQUEZ señala que es en la doctrina argentina donde, a lo largo de los últimos años, se han hecho sucesivas e interesantes aportaciones a la configuración del acto jurídico familiar. Esta posibilidad teórica, que se hallaba esbozada en trabajos de los profesores LAFAILLE, MOLINARIO y SPOTA, ha sido especialmente desarrollada por el profesor DÍAZ DE GUIJARRO, para quien «son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares (28).

Por el contrario, CICU (29) cree que lo que induce a la doctrina a extender a todo el campo del Derecho el concepto y la teoría del negocio jurídico es principalmente la convicción de que los principios, que en el

(23) Díez PICAZO: *Autonomía privada...*, cit., pág. 301.

(24) *Derecho Civil*, tomo II, pág. 165, Buenos Aires, 1946-1948.

(25) *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, pág. 212.

(26) «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pág. 12.

(27) *El negocio jurídico...*, Madrid, 1967, pág. 37.

(28) CASTÁN: *Derecho Civil...*, cit., tomo V, vol. I, 1976, pág. 52. Epígrafe redactado por CASTÁN VÁZQUEZ.

(29) *El Derecho de familia*, Buenos Aires, 1947, págs. 338 y 339.

Derecho privado se hallan establecidos acerca de la valoración de la voluntad en relación a la declaración, son de aplicación general. Sostiene la inaplicabilidad directa de las normas de Derecho privado al Derecho de familia (consecuente con su teoría sobre la naturaleza jurídica del mismo), y especialmente a los que la doctrina considera como negocios de Derecho de familia. Naturalmente, la aceptación o no de esta posición depende de la que se adopte sobre la naturaleza del Derecho de familia. No es éste el lugar de indagar sobre dicha cuestión; simplemente nos limitamos a afirmar que para nosotros el Derecho de familia es una parte del Derecho privado y, en consonancia, no hallamos inconveniente alguno en la aplicación al mismo de la doctrina del negocio jurídico, expresión máxima del principio de autonomía de la voluntad.

VON TUHR considera como negocios jurídicos familiares los esponsales y su disolución, el matrimonio, la impugnación de la legitimidad y del reconocimiento, la adopción... (30). GARCÍA CANTERO habla de esponsales, reconciliación de los cónyuges separados, adopción del mayor de edad, emancipación por concesión del padre o de la madre, etc. (31). DÍAZ GUIJARRO estudia los esponsales, el matrimonio, la legitimación, el reconocimiento del hijo natural, el convenio sobre la mayoría de edad, etc. (32). Para DÍEZ PICAZO pueden hacerse dos clasificaciones de los negocios jurídicos de Derecho de familia: una, atendiendo a la naturaleza de las relaciones sobre las que incide, y otra, atendiendo a su contenido; en el primer grupo distingue entre negocios matrimoniales, de filiación y tutelares, y en el segundo, entre negocios que versan sobre el estado civil y condición de las personas, los negocios que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y los negocios de contenido económico.

A nuestro objeto, cabe distinguir entre dos grandes grupos de negocios jurídicos familiares, los patrimoniales y los no patrimoniales. En los primeros, la autonomía de la voluntad (especialmente por lo que al Derecho español se refiere, después de la modificación del Código de 2 de mayo de 1975), se manifiesta con una gran fuerza, mientras en los segundos se encuentra más limitada.

PUIG BRUTAU (33) considera la limitación de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos familiares, como una consecuencia del contenido ético de sus instituciones y del predominio del interés del grupo familiar sobre el interés personal. Opina que incluso los derechos de con-

(30) *Derecho Civil*... cit., pág. 165.

(31) *El vínculo en el matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 31.

(32) «Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo VI, páginas 212 y ss., Madrid, 1969.

(33) *Fundamentos*... cit., tomo IV-1.º, págs. 13 y ss.

tenido patrimonial están subordinados al interés del grupo familiar; es indudable que no se trata de un derecho subjetivo que el titular pueda alterar libremente. Por tanto, la autonomía de la voluntad constituye un principio que tiene en el Derecho de familia límites más estrictos que en el resto del Derecho civil. No se trata de que la autonomía de la voluntad no tenga margen para actuar en el Derecho de familia, pues, como dice LACRUZ, hay parte importante de éste en la cual la voluntad puede intervenir, al menos para crear los vínculos, aunque luego no pueda señalar, a veces, el estatuto de los mismos. Pero, además, queda toda la zona del Derecho matrimonial patrimonial, en la cual es mucho lo que se abandona al pacto.

DÍEZ PICAZO (34) señala como límites los siguientes, que recoge PUIG BRUTAU al afirmar que los negocios jurídicos de Derecho de familia tienen un contenido limitado por los siguientes caracteres:

Excluyen la verdadera representación, es decir, la que consiste en formar con la propia voluntad la del representado, pues en el Derecho de familia está permitido, como máximo, que el llamado representante se limite a transmitir la voluntad ya plenamente constituida del representado.

Predominan las formas solemnes y la intervención de la autoridad, como ocurre con el matrimonio, la emancipación, la adopción y otros negocios jurídicos de Derecho de familia, si bien no por ello se convierten en actos de Derecho público, como pretende CICU.

En general, no se admiten términos ni condiciones. Así ocurre cuando se trata de negocios jurídicos que afectan al estado civil, que exige certeza y permanencia. Pero en algún caso cabe el sometimiento a plazo, como en la emancipación concedida para cuando el hijo obtenga cierto empleo o cumpla cierta edad, o la donación condicional (art. 1.333-1.º).

En cuanto al efecto de la condición indebida, la doctrina contempla la diversa solución que contienen los artículos 1.116 y 792. DÍEZ PICAZO y PUIG BRUTAU creen que la regla general es la del artículo 1.116, y piensan que la condición indebida anula el negocio jurídico familiar. Para LACRUZ BERDEJO, podría pensarse que el artículo 792 es aplicable a los actos gratuitos, y el 1.116, a los onerosos, y, por tanto, respecto de los primeros, la condición se tendría por no puesta.

Los negocios jurídicos familiares exigen determinados requisitos esenciales para su validez, como ocurre con el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, reconocimiento de hijos naturales.

El criterio de admisión de vicios de voluntad suele ser más riguroso y los efectos de la nulidad se detienen, a veces, ante la situación creada por el acto nulo, como ocurre con el matrimonio putativo (art. 67).

(34) *El negocio jurídico*. . cit., págs. 171 y ss.

La causa del negocio jurídico no puede ser otra que la configurada en cada caso por la ley, por lo que no caben los negocios atípicos.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SUCESORIO

Como dice CASTÁN (35), la sucesión implica sustitución en la titularidad de los derechos o en las relaciones o situaciones jurídicas; pero como no todos los derechos son transmisibles, la sucesión se limita sólo a los que lo son. Por otra parte, aquí nos referimos a la sucesión *mortis causa*, y en este sentido se puede definir la sucesión como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.

El principio de autonomía de la voluntad, aplicado al Derecho sucesorio, ha tenido diverso alcance en los distintos pueblos, dando lugar a diversos sistemas. Parece que en los pueblos primitivos no existió una verdadera sucesión, ya que ésta supone un reconocimiento de la propiedad individualizada, por lo menos en lo referente a los inmuebles.

Cuando aparece la sucesión *mortis causa*, va asociada a la realidad de la familia y a la defensa de sus intereses más allá de la muerte del titular formal de los bienes, por lo que se manifiesta como sucesión necesaria, totalmente desligada de la voluntad del causante y regida por normas imperativas.

Prescindiendo de algunas tímidas manifestaciones de la intervención de la voluntad, con carácter muy limitado, en la sucesión en los Derechos antiguos e incluso en el Derecho germánico, a través de la *adoptio in hereditate*, lo cierto es que el testamento, como la más perfecta expresión de la autonomía de la voluntad en el Derecho sucesorio, es una creación del Derecho romano.

Pero esta voluntad encuentra limitaciones importantes, que dan lugar a diversas clases de sucesión, según la mayor o menor libertad que se conceda al causante. Desde este punto de vista podemos distinguir entre sucesión legal, que se defiende por ministerio de la ley y que puede ser necesaria o forzosa, y sucesión intestada, que tiene carácter supletorio. La primera se funda en el deseo de la ley de proteger los derechos de determinados parientes que se consideran dignos de una especial tutela. La sucesión intestada se produce en defecto del testamento y puede coexistir con la testamentaria cuando el testador no ha dispuesto de todos los bienes. La sucesión voluntaria cristaliza en el testamento (omitimos la sucesión contractual por no estar admitido en nuestro Derecho, por lo menos en tesis general), que supone la máxima expresión de la autonomía de la

(35) *Derecho Civil.*, cit., tomo VI, vol. I, 1.ª ed., 1960, pág. 24.

voluntad en la sucesión, pero que encuentra sus límites en el sistema de legítimas, como manifestación de la sucesión forzosa, y en los requisitos y solemnidades necesarias para su validez.

El testamento es un negocio jurídico en el que, como en todos los negocios jurídicos, la voluntad del otorgante debe expresarse libre de toda presión externa e interna, libre de todo vicio. El artículo 673 del Código declara que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude», y el artículo 674 ordena que «el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido». MANRESA (36) dice que siendo el testamento un acto de la libre voluntad del otorgante, por el que se dispone de todo, aparte de los bienes del mismo, desde luego se comprende que han de ser condiciones o requisitos esenciales de dicho acto la libre y espontánea expresión de la voluntad, así como la plena inteligencia, exenta de toda causa que pueda impedir la consciente determinación de la misma. Por tanto, desde el momento en que falte esa libertad y espontaneidad en la formación del testamento, por haber mediado violencia, dolo o fraude, desaparecerán del mismo las condiciones antes citadas. El artículo 674 contempla el caso contrario, o sea, cuando por esos mismos medios se impida hacer testamento a quien tenga voluntad de otorgarlo.

La protección a la voluntad individual alcanza en la regulación del testamento las más altas cotas, ya que no sólo se tutela su libre expresión, sino también la posibilidad de revocar el acto en cualquier momento. El artículo 737 establece que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Como dice MANRESA (37), siendo el testamento la expresión de la última voluntad del otorgante, todas las legislaciones han tenido que reconocer, como consecuencia de dicho carácter, el principio de revocabilidad, en virtud del cual el testador puede anular los testamentos que tuviese hechos y otorgar otros nuevos, tantos como quiera, hasta su muerte.

Pero como contrapartida a esta autonomía de la voluntad del testador, se encuentran diversas limitaciones, a que antes hemos aludido, derivadas del hecho de ser el testamento un acto solemne; el artículo 687 determina que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas», y el artículo 738 dice que «el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar». La validez del testa-

(36) *Comentarios.* ..., cit., tomo V, pág. 441.

(37) *Comentarios* ..., cit., tomo V, pág. 708.

mento, como la de todo acto, depende de la observancia de la ley que los regule, y habiéndose establecido determinados requisitos para el testamento, según la forma exigida, es evidente que la falta de cumplimiento de los mismos debe dar lugar a la nulidad.

«El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario...» (art. 640-1.º), ni tampoco «podrán testar dos o más personas mancomunadamente en un mismo testamento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en provecho de un tercero».

Además de estas limitaciones, tienen gran importancia las derivadas del sistema de legítimas, que suponen una importante restricción a la libertad de disposición del testador sobre sus bienes, en orden a la persona del destinatario y al volumen o valor de los asignados a cada heredero o legatario. También constituyen limitaciones las reservas y el derecho de reversión del artículo 812.

«Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806). Estos herederos forzosos son, según el artículo 807, los hijos y descendientes legítimos; en su defecto, los padres y ascendientes legítimos, y en su defecto, el viudo y la viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre o madre de éstos.

Las legítimas se atribuyen en propiedad, salvo la del cónyuge viudo, que le corresponde en usufructo (es una legítima excepcional, variable y subsidiaria). En todas las legítimas, salvo en las de los hijos y descendientes, la limitación a la facultad dispositiva es absoluta; en la de éstos existe en nuestro sistema una porción: la mejora, de la que el testador puede disponer, pero limitadamente; dentro del círculo de los hijos y descendientes legítimos.

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA INTROMISIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Decía el profesor GITRAMA (38) que el individualismo en Derecho privado tiene una honda raigambre histórica. Ya decía IHERING que una de las verdades primordiales del Derecho romano es que la fuerza individual es la fuente del Derecho. Es el principio de la voluntad subjetiva la fuente del Derecho privado romano, y tanto es así, que el ilustre romanista podía añadir que aquel Ordenamiento fue el sistema del egoísmo organizado. La codificación del Derecho privado, tendiendo un puente sobre el particu-

(38) «La hora actual del Derecho privado». Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Alicante en 1966 con ocasión de las fiestas de la Inmaculada. Publicación de dicho Colegio, págs. 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10 y 11.

larismo legislativo medieval, enlaza con el Derecho de Roma, en cuanto a la actuación de la idea individual, en orden a las relaciones civiles. En este punto corresponde la codificación, en el campo del Derecho privado, a lo que en el del público fueran las constituciones, expresiones de un credo filosófico; los códigos se destinaron a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder político.

Los códigos modernos, a partir de la Revolución francesa, puede decirse que se han ocupado de cumplir, sobre toda otra, esta doble misión: liberar la persona y liberar los bienes de los vínculos y cargas, resto de épocas precedentes; el liberalismo en su más alto grado. Y el liberalismo, el individualismo aplicado al Derecho civil, produjo la consagración de tres principios que preconizaba CAMBACÈRES: libre contratación, propiedad libre y libre disposición de los bienes *post mortem*.

No supone esto que el interés individual se coloque sobre el colectivo; el fin del Derecho es la realización del interés colectivo de la comunidad de individuos autónomos, pero este interés colectivo no es más que la suma de los intereses individuales.

Pues bien, esta construcción individualista se halla hoy en franca decadencia. Cada vez se habla más insistentemente de un Derecho privado social en el que abundan las limitaciones de la voluntad de los individuos inspiradas en el interés público y tendentes a defenderlo.

Las formas de intervención estatal son tan variadas como conocidas: prohibiciones de actos y contratos antes permitidos; autorizaciones necesarias para otros antes libres, imposición de la obligación de efectuarlos, inspecciones, controles, fiscalizaciones, de tantas actividades privadas; sustitución total o parcial de la iniciativa o gestión privadas a través de nacionalización de empresas públicas, de sociedades de economía mixta, etcétera. No hay duda de que la excepcionalidad de las circunstancias por las que atraviesa la humanidad justifican plenamente esta intervención estatal en la vida privada, pero esto tiene el riesgo de que si la iniciativa privada ha de soportar excesivas cargas se detiene. Se hace necesario hallar el justo medio entre el interés individual y el colectivo. Nuestra cultura jurídica se halla fundada en la armonía entre las exigencias individuales y las sociales. Solamente mediante la concepción cristiana del Derecho social pueden conciliarse las prerrogativas naturales e indeclinables de la persona humana con las exigencias del bien común.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil

Comentarios a la Reforma Fiscal

A. LA ELUSIÓN FISCAL MEDIANTE SOCIEDADES

El artículo 40 de la Ley de Reforma Fiscal sanciona con un *tipo impositivo alto* determinados supuestos en que el legislador intuye se está produciendo *la elusión fiscal* mediante sociedades. Lo que se trata es de frenar conductas que se presume rondan por los vericuetos del fraude fiscal.

Según este precepto, tributará como transmisión onerosa de bienes inmuebles la transmisión onerosa de acciones o participaciones sociales, recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de la aportación y la de la transmisión mediere un plazo inferior a un año.

El engaño, el disfraz negocial, que trata de corregirse con el artículo 40, se producía de la siguiente forma: Si una sociedad pretendía comprar determinados bienes inmuebles sabía que debería satisfacer el tipo del 8,20 por 100. Y para frenar la incidencia de esta alta tarifa podría cobijarse en el juego combinado de otros negocios jurídicos. Así es como se busca la interposición de un ente social para gozar de una menor presión fiscal. En primer término, se finge que el vendedor es un socio (constitución de la persona jurídica) o nuevo socio (ampliación de capital) que, en retribución de las acciones o participaciones recibidas, aporta uno o varios bienes inmuebles. Así surgen los conceptos liquidables de la constitución de sociedad o del aumento de capital, gravados ambos al tipo del 3 por 100 si se trata de sociedades anónimas o de otras compañías cuyo capital social esté presentado por títulos valores; si bien el tipo es más benigno tratándose de sociedades de responsabilidad limitada o de cualesquiera otras cuyo capital social no esté representado por títulos valores, cuyos entes aparecen gravados con un porcentaje del 1,90 por 100.

Después se deja pasar un plazo prudencial para guardar las aparien-

cias, y transcurridos algunos meses el socio ficticio retransmite las acciones recibidas a la sociedad que las emitió. Así se cierra el círculo con un rodeo dilatorio y, al final, se consigue el mismo resultado que con la compraventa: que el vendedor perciba el precio de los bienes transmitidos. Y todo ello con una sensible rebaja fiscal.

Porque las transmisiones de acciones pagan una tarifa benevolente. Si están admitidas a cotización oficial, se les grava con una escala optima (por ejemplo, si el valor oscila entre 500.000,01 y 1.000.000, deben pagar 1.100 ptas.). Si no están admitidas a cotización oficial, la escala es también comprensiva, aunque un poco más elevada (en el tramo mencionado sufragarían los adquirentes 5.500 ptas.).

Como se advierte, el ahorro podía ser espectacular, sobre todo tratándose de sociedades de responsabilidad limitada. Para evitar la defraudación sale al paso de las ingeniosidades elusivas el artículo 40, asegurando que en tales procesos societarios hay que prescindir de las fantasías y pagar por el tipo de la verdadera transmisión inmobiliaria producida.

El legislador presume *juris et de jure* que existe fraude; consecuentemente, no admite la prueba en contrario y condena a pagar por el tipo más alto de las transmisiones patrimoniales.

Lo grave del precepto deriva de la parvedad, del necesario esquematismo de su formulación. Porque dentro de la literalidad del mandato legal también puede subsumirse otro supuesto, en el que la realidad del fraude aparece más problemática. Ocurrirá si el primitivo accionista vende a un tercero, ajeno inicialmente al vínculo social. Se tratará también de una «transmisión onerosa de las acciones», que habían sido recibidas por el primer socio en retribución de las «aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de la sociedad». Pero ante una tal transmisión es muy difícil poder intuir la existencia de una defraudación. Porque el accionista adquirente lo que percibe son unos títulos valores que legalmente tienen la conceptualización de bienes muebles. El en realidad no asume ningún bien inmueble, porque los bienes raíces aportados donde de verdad permanecen es en el patrimonio de la sociedad y no en el peculio del accionista subadquirente.

Pensemos en los modestos accionistas que pueden adquirir pequeñas fracciones del capital social enajenadas por el primitivo aportante. En ellos sería muy difícil poder adivinar una adquisición disimulada de los inmuebles anteriormente aportados.

Además, en este caso, para que pudiera advertirse la existencia de una transmisión onerosa de bienes inmuebles, la enajenación tendría que realizarla directamente la misma sociedad, que es el dueño de los inmuebles, en cuanto persona jurídica, desde el momento de la aportación. Pero no el socio aportante, que perdió la propiedad al aportarla.

Para que la tributación al 8,20 por 100 se produzca es necesario que entre la fecha de la aportación y la de la transmisión medie un plazo inferior a un año. Aquí gravita el problema de la posible ingenuidad y discriminación de las metas temporales. Porque la consideración fiscal será distinta si la venta tiene lugar a los trescientos sesenta y cuatro días que si se realiza a los trescientos sesenta y seis.

* * *

Dentro de las medidas urgentes de reforma fiscal que tratan de frenar la *elusión fiscal mediante sociedades*, es interesante la norma del párrafo dos del artículo 40, a cuyo tenor tributará como transmisión onerosa de bienes inmuebles (es decir, al 8,20 por 100, que constituye el tipo más alto de la tarifa del impuesto de transmisiones patrimoniales *inter vivos*), la transmisión por precio de las acciones o participaciones representativas del capital de las sociedades cuyo activo esté integrado, en más de su 80 por 100, por bienes inmuebles de naturaleza rústica o urbana, siempre que dichas acciones o participaciones excedan del 80 por 100 del capital social.

Según tal precepto es preciso que el activo sea inmobiliario de una forma directa en un porcentaje superior a su 80 por 100. Lógicamente, no se puede exigir un inmovilizado predial del 100 por 100. Aunque se trate de sociedades inmobiliarias, siempre tiene que haber una parte del patrimonio invertida en bienes de naturaleza diversa: metálico en caja para poder satisfacer los pagos más o menos apremiantes, vehículos, máquinas de escribir, calculadoras, fotocopiadoras, mobiliario de oficinas...

Este dato del activo tiene una gran significación. Es más realista que si la norma hubiera aludido al objeto social. Porque hay sociedades cuya finalidad no es fundamentalmente inmobiliaria y, sin embargo, ostentan un sólido patrimonio inmobiliario. Es el caso de algunos importantes complejos hoteleros. El objeto social es explotar el negocio de hostelería y, sin embargo, su principal activo está constituido por bienes inmuebles.

Si bien el precepto pudiera tener lógica imaginando que la transmisión onerosa de las acciones se realiza a favor de la misma sociedad que unos meses antes las emitió, ya no aparece tan congruente si queremos aplicar el dogma establecido en la nueva ley a cualquier transmisión onerosa de acciones. Cientos de pequeños paquetes de acciones pueden ser transmitidos onerosamente a favor de personas ajenas a la sociedad. Y parece excesivo que tales adquirentes tengan que pagar el 8,20 por 100, como si hubiesen adquirido unos inmuebles que no se les transmiten.

Cuando se aportan unos bienes a una sociedad, tales bienes pasan a integrar el patrimonio de la sociedad y dejan de pertenecer al aportante.

La sociedad es una persona jurídica distinta de los socios que la integran y que disfruta de autonomía patrimonial. En retribución de las aportaciones recibidas entrega acciones a los socios; tales acciones representan fracciones del capital social, pero no del patrimonio social, que pertenece íntegramente a la sociedad, habiendo dejado de pertenecer a los aportantes.

Cuando los socios transmiten sus acciones, lo que están enajenando son porciones del capital social, pero no bienes patrimoniales, que ya dejaron de ser suyos. Y los compradores no adquieren los inmuebles sociales, sino directamente las acciones transmitidas.

Para que pudieran adquirir bienes inmuebles sería preciso que fueran enajenados directamente por la misma sociedad dueña de los objetos aportados. Los socios no pueden cederlos por rigurosos imperativos jurídicos: porque lo impide el básico principio de Derecho, según el cual *nemo dat quod non habet*. Sólo el *dominus* puede transmitir la propiedad. Nunca quien no es dueño.

Si se vende más del 80 por 100 del capital social, y este capital, a su vez, se ha traducido en un sólido patrimonio inmobiliario, en alguna forma es como si se estuviesen vendiendo directamente los inmuebles patrimoniales.

Si la empresa enajenante es una inmobiliaria, al transmitir sus acciones recibirá a cambio dinero normalmente. Si quiere proseguir su objeto social específico, tal numerario deberá invertirlo en la adquisición de otros inmuebles. Con respecto a los primitivamente existentes, la enajenación de las acciones opera, en alguna forma, como si se tratase de un desprendimiento del activo inmobiliario.

Pero esto no es más que un espejismo argumental. Porque quien ostenta las acciones no es la sociedad, sino sus múltiples accionistas. ¿Y qué ocurre realmente cuando se transfieren las acciones? Pues que unos nuevos accionistas se subrogan en la sociedad. No se ha producido un cambio real en los elementos objetivos del ente social; éstos permanecen, pues lo único que se ha producido ha sido un simple cambio personal en el accionariado.

La norma del artículo 40 tiene su aplicación óptima en el supuesto de personas jurídicas detentadas por muy escasos socios: dos, tres o cuatro personas. Porque si los dos únicos socios acuerdan transmitir más del 80 por 100 de las acciones, el supuesto funciona como una auténtica enajenación del patrimonio.

Sin embargo, la previsión legal no se cohonestaba bien con las sociedades de prolijos accionariados. Porque en estos casos las acciones están en manos de los socios y no de la sociedad. Según la Ley de 17 de julio de 1951, la sociedad no puede detentar o adquirir sus propias acciones si no es

para amortizarlas y con cargo a las reservas libres. Por tanto, sólo de una forma transitoria y temporal podrá la sociedad asumir sus propias acciones.

Lo cierto es que los requisitos legales podrían cumplirse en situaciones que, no siendo fraudulentas, resultarían muy fustigadas con el impacto de este precepto de corte persecutorio y sancionador. Porque podrían enajenarse acciones de sociedades con crecido activo inmobiliario, cuyos títulos-valores transmitidos excediesen del 80 por 100 del capital social, y, sin embargo, podrían constituir tales enajenaciones actos jurídicos de gran transparencia mercantil. Ocurrirá siempre que un gran número de accionistas transfiera sus partes de capital a otra gran nómina de adquirentes. Y en este caso no se ve de forma clara por qué no se paga por la tarifa atenuada correspondiente a la transmisión de acciones y sí, en cambio, por unos tipos impositivos hirsutos, que, además, no corresponden a la naturaleza de la operación realizada. Porque en este supuesto, volvemos a insistir, no hay enajenación de inmuebles, sino un mero cambio personal en los accionistas de una compañía en la que no se ha producido ninguna alteración objetiva. Los pequeños accionistas no adquieren bienes inmuebles, ni siquiera una porción de tales bienes raíces. Porque se interpone la realidad de la persona jurídica. Los inmuebles sociales constituyen su patrimonio y los socios sólo tendrán derecho a una fracción del valor de estos bienes cuando se disuelva la sociedad, es decir, cuando se extinga su personalidad jurídica.

El artículo 40 en realidad sólo tiene justificación cuando un reducido grupo asume un activo inmobiliario enajenado por otro conjunto de personas que controlaba la sociedad. Lo importante, pues, no es que las acciones se transmitan, sino que se adquieran por alguien que llegue a concentrar el activo inmobiliario. Por ello ganaría en claridad y en lógica el precepto si gravara al 8,20 por 100 a la adquisición onerosa de acciones, que sumen más del 80 por 100 del capital de una sociedad, cuyo patrimonio activo está integrado básicamente por bienes inmuebles.

B. EL IMPUESTO EXTRAORDINARIO SOBRE DETERMINADAS RENTAS DEL TRABAJO PERSONAL

Un sistema fiscal será tanto más apreciable cuando más disminuida esté la presión fiscal indirecta. Porque no debe olvidarse que el ciudadano padece dos tipos de presión tributaria. Una, directa, representada por la cantidad de numerario que el Estado le exige coactivamente. Otra, indirecta, constituida por esa serie, a veces barroca, de actividades que el pago de los impuestos conlleva: llenar impresos, extender cheques, guardar cola, practicar complicadas autoliquidaciones...

Cada nueva ley se justifica, en principio, porque se estima que puede —y debe— implicar un progreso técnico, una mejora del Derecho preexistente. Y para que la Ley de Reforma Fiscal pudiera ser enjuiciada positivamente, favorablemente, sería preciso que mejorara a la legislación que la precedió en la regulación fiscal.

En el aspecto a que vamos a referirnos no se cumple esta exigencia. Porque la nueva ley agiganta la presión fiscal indirecta que han de padecer los contribuyentes.

Este es el caso del artículo 15 de la Ley de Reforma Fiscal, que está incluido entre los preceptos que regulan *el impuesto extraordinario* sobre determinadas rentas de trabajo personal, es decir, aquellas que superen las 750.000 pesetas.

Según dicha norma, la base imponible, tratándose de los profesionales y artistas independientes, se determinará por la diferencia entre los ingresos y los gastos reales necesarios para la obtención de aquéllos.

El nuevo sistema, al exigir la deducción de «los gastos reales», es verdaderamente ominoso para el sujeto pasivo del gravamen. Porque le va a obligar a exacerbar su contabilidad y a conservar las facturas más insignificantes, sean por compra de artículos de limpieza, de objetos de escritorio, de alquileres de taxis, de adquisiciones de libros, lápices...

Esto es complicar innecesariamente a los que han de pagar los tributos. Por ello, el sistema de las leyes anteriores es mucho más progresivo. En él se permite deducir en concepto de gastos determinados porcentajes, que van en función de la cuantía de las percepciones del obligado al pago. Es un sistema de autoliquidación mucho más dúctil; mucho menos enojoso para el contribuyente.

Ejemplarizadamente, el artículo 12 de la Orden de 14 de enero de 1976, por el que se desarrolla la Ley de Reforma, alude, entre otros, a los gastos de desplazamiento, alojamiento, manutención, los costes de energía para iluminación, calefacción, gastos de teléfono, alquileres de máquinas, reproducción de planos, impresos, revistas científicas, las cuotas pagadas a las corporaciones profesionales, etc....

Es demasiada complicación. Por su simplismo se revela como más conveniente el criterio del porcentaje de gastos. Si la Hacienda estimaba que tales deducciones eran elevadas, cabía el expediente de rebajar los porcentajes para que las deducciones fuesen menores. Pero no es lógico agobiar al sujeto pasivo con una lluvia de impuestos y angustiarle con el archivo minucioso de los comprobantes. Si extravía cualquier recibo o factura perderá parte de la deducción. Y esto no es justo.

Si para el filósofo la claridad es cortesía, para el Fisco la claridad debiera ser ese mandamiento-nodriz en el que resumen todos los demás. No se trata, como en el binomio filósofo-lector, de un culto diletentismo intelectual. La claridad fiscal es mucho más acuciante, porque se trata de una relación dramática (el tándem Hacienda-contribuyente) que desemboca en una sangría económica de los ciudadanos.

En 14 de enero de 1978 se promulgó una Orden que deja perplejo al contribuyente. En dicha Orden se desarrolla el *impuesto extraordinario sobre determinadas rentas de trabajo personal*. Y en la misma se contienen normas encontradas de difícil armonización, que dejan al sujeto pasivo sin saber qué hacer.

En efecto. En la obligación formal quinta se establece que los contribuyentes están obligados a presentar declaraciones comprensivas de todas las cantidades que hubieran «devengado durante el año 1978». Añadiéndose en el texto que tal declaración se presentará conjuntamente con la del impuesto general sobre la renta de las personas físicas. Con ambas precisiones se llega al convencimiento de que la declaración-liquidación habrá que presentarla en los primeros meses de 1979, por las dos razones que destilan de la norma:

1.^a Porque es necesario saber el importe total de lo devengado durante el año 1978. Y el montante de tales devengos sólo puede conocerse cuando el ejercicio haya finalizado.

2.^a Porque habrá que presentar una declaración conjunta con la del impuesto sobre la renta. La simultaneidad de la presentación obliga también a demorar la aportación del documento hasta el año 1979, pues las declaraciones de renta son siempre posteriores al transcurso del año gravado, ya que la contribución general se devenga el 31 de diciembre de cada año.

La contradicción que denunciemos resulta de la obligación formal octava, según la cual «regirán los mismos plazos de declaración e ingresos trimestral y anual que en el impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal».

Esto de «los ingresos trimestrales» tiene desorientados a muchos contribuyentes. Sin embargo, creemos que la aludida trimestralidad solutoria no es viable. Por varias razones:

1.^a Por discrepancia con el criterio de la presentación anual, a que antes hemos aludido (y que es el más lógico).

2.^a Porque los profesionales, artistas ..., que no perciben emolumentos fijos mensuales, sino que son retribuidos con ingresos variables, que pueden oscilar grandemente de unos meses a otros, están imposibilitados

para prejuzgar con anticipación cuál vaya a ser el montante real de sus devengos durante el año 1978.

3.^a Por la propia progresividad de este impuesto extraordinario. Los tipos de gravamen corresponden a fragmentos cuantitativos de la base liquidable (por ejemplo, de 750.001 a 1.000.000, el 2 por 100; de 1.000.001 a 2.000.000, el 4 por 100, y así sucesivamente hasta alcanzar el tipo del 8 por 100). Y al no conocer con anticipación—sobre todo los contribuyentes con devengos ocasionales—la cuantía de lo devengable a través del año que ha de transcurrir, esta ignorancia se puede prestar a imprevistas incorrecciones en la aplicación de la escala de gravamen.

4.^a Por el criterio de la deducibilidad de los gastos reales. Hay gastos imposibles de cuantificar con antelación: v. gr., el costo de un futuro cambio de residencia, los gastos de amortización que se carguen pasado el primer trimestre, las contingencias de una enfermedad contraída en los meses últimos del año... Y si no se conocen los gastos, no se puede cifrar con solvencia la base imponible sobre la que habrá que aplicar los tipos de liquidación.

C. CUESTIONABILIDAD JURÍDICA DE LOS INGRESOS A CUENTA

Desde hace unos años, la Hacienda ha impuesto a los contribuyentes por algunos tributos de devengo anual la obligación de realizar ingresos a cuenta de la futura cuota líquida. El procedimiento es útil para allegar periódicamente recursos al Tesoro, pero creemos que distorsiona las premisas fiscales.

Pensemos, para corroborar esta afirmación, en el gravamen sobre los rendimientos del trabajo personal que han de satisfacer los profesionales y artistas. En este supuesto, el período de la cuota complementaria coincide con el año natural, devengándose el impuesto el último día del período impositivo, es decir, generalmente el 31 de diciembre de cada año natural.

Pero como esta cuota proporcional lo que grava son los rendimientos derivados del ejercicio de actividades profesionales, artísticas, deportivas..., lo cierto es que existe un distanciamiento temporal entre el momento del devengo impositivo y el de la producción real de los rendimientos gravados. En realidad estos productos del trabajo se están gestando día a día ininterrumpidamente, a lo largo de todo el año, comenzando desde sus primeras horas. Pese a esta evidencia, sin embargo, el legislador ha sentado como momento de la exigibilidad del tributo, es decir, como el de la íntegra constitución del hecho imponible, el último día del período tributario. Lo que equivale a decir que aunque durante los trescientos sesenta y cuatro días del año se están gestando rendimientos

sujetos, sin embargo, la Hacienda, por autolimitación legal, no puede exigir el pago del impuesto, ya que el total hecho imponible no queda totalmente conformado hasta el trescientos sesenta y cinco y último día del año.

Esto equivale a decir que la obligación de pagar el impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal es una obligación a plazo, ya que la cuota contributiva, dentro de cada año, no puede exigirse hasta que el día trescientos sesenta y cinco del ejercicio respectivo llegue. Durante once meses y treinta días, la Hacienda tiene que permanecer impasible, de brazos cruzados, sin exigir el pago impositivo. Así resulta de los preceptos legales que regulan este impuesto a cuenta (que en el futuro perderá su autonomía tributaria).

La Ley General Tributaria acata la superior normativa del Derecho común, puesto que en él se contiene la parte general del Derecho, ordenando interpretar los preceptos fiscales según las categorías elaboradas por el Derecho civil.

Conforme al Derecho civil, el plazo se entiende establecido en beneficio común del acreedor y del deudor; por otra parte, establece el artículo 1.125 de este cuerpo legal que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue, y si el que pagó ignoraba la existencia del plazo (art. 1.126) tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley de Reforma Tributaria de junio de 1964, se dictaron una serie de órdenes ministeriales que han oscurecido el panorama impositivo, puesto que desconocen la vertencia del plazo impositivo y obligan a determinados contribuyentes a anticipar trimestralmente determinadas porciones de la cuota devengable al final del ejercicio respectivo.

El devengo en 31 de diciembre de cada año es una premisa legal. Cualquier disposición de rango ministerial que olvide este plazo constituirá un supuesto de reglamento *contra legem* o *praeter legem*, que fácilmente merecerá el anatema jurídico de su nulidad. Y esto es lo que ocurre con sendas Ordenes del Ministerio de Hacienda de 22 de enero de 1959 (posterior a la Ley de Reforma Fiscal de diciembre de 1957) y de 29 de abril de 1967 (posterior a la reforma fiscal de 1964). En ambas disposiciones se obligaba a varios contribuyentes a presentar en ciertos plazos (normalmente en el primer mes de cada trimestre) una declaración para el ingreso en el Tesoro de una fracción de la cuota definitiva.

En ambas Ordenes se incurre en motivo de nulidad normativa, por contradicción con sendas leyes de superior jerarquía. Todo ello como consecuencia de haber abandonado la buena doctrina que sentara la «instrucción provisional del impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal», aprobada por Orden de 27 de enero de 1958. Esta instrucción

era válida, por obediente a la superior jerarquía de la ley, y en buena doctrina estableció no la obligación, sino la facultad de los contribuyentes para realizar ingresos a cuenta («el ingreso de las cuotas—se decía—podrá efectuarse en dos plazos, en cada uno de los cuales se hará efectivo el 50 por 100 de la cuota líquida»). El contribuyente podía optar: o bien por acogerse al pago fraccionado y anticipado en parte o bien desdeñar la sugerencia fiscal. Cualquiera de las actitudes resultaba ortodoxa y la ley respetada.

Hoy día, los ingresos a cuenta podrán ser redargüidos de nulidad. Para que sean admisibles será preciso que los imponga en el futuro una disposición con rango de ley, pues sólo una norma de tal categoría podrá válidamente excepcionar la norma del devengo el último día de cada año e imponer la satisfacción anticipada, a cuenta, de una cuota contributiva todavía ignota.

D. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. *La imputación de rendimientos*

El artículo 12 de la *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* ofrece una redacción hipócrita, por cuanto parece mostrar un endurecimiento legal frente a algunas sociedades interpuestas, y lo que ocurre es lo contrario, ya que las cobija bajo una lenidad fiscal de que carecen las grandes entidades.

Según el párrafo dos de este precepto, «se imputarán en todo caso a los socios y se integrarán en su correspondiente base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas o, en su caso, en el de sociedades, los beneficios o pérdidas obtenidos por las sociedades que se indican (sociedades de inversión mobiliaria, sociedades de cartera, sociedades de mera tenencia de bienes...), aun cuando no hubieran sido objeto de distribución».

El inciso que afirma «o, en su caso, en el de sociedades», está pensado para el supuesto de que los socios de una sociedad fueran otras sociedades que detentan fracciones de su capital social, cuyas sociedades miembros habrán de satisfacer por sus beneficios el impuesto de sociedades y no el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

No es muy afortunada la expresión «los beneficios o pérdidas obtenidos». Porque una pérdida no se obtiene, sino que, por el contrario, se padece o sufre. Tal vez fuese más propio aludir a «los beneficios o pérdidas experimentados».

El artículo 12 de la *Ley del Impuesto sobre la Renta* se refiere a la

imputación de rendimientos y compone un tinglado tributario favorecedor de las pequeñas sociedades, que se concilia difícilmente con esa política fiscal que se esmeró reiteradamente en estimular la concentración de empresas.

Resulta de la construcción legal (art. 12) el establecimiento de un sistema dual y discriminador:

1. Tratándose de grandes o medianas sociedades, éstas deberán soportar una doble imposición por los rendimientos resultantes de su gestión empresarial. Ya que, por una parte, los beneficios netos se gravan por impuesto de sociedades al tipo del 30 por 100, y el remanente de las rentas, distribuido a los socios en forma de dividendos, constituye, a su vez, el hecho imponible del impuesto sobre las rentas del capital.

2. Por el contrario, las sociedades civiles y otras pequeñas empresas sociales no tributan por el impuesto sobre sociedades, y sus socios sólo han de contribuir por el gravamen sobre la renta de las personas físicas.

Aunque con otras expresiones, esto es lo que viene a establecer el mencionado precepto. Conviene que lo analicemos *in extenso* para tratar de arribar a esas conclusiones, que para nosotros han sido premisas.

Dice este artículo 12, en su párrafo 1: «Las rentas correspondientes a las sociedades civiles, herencias yacentes..., se atribuirán a los socios, herederos...».

Desde un ortodoxo enfoque jurídico repele la desnaturalización a que conduce esta norma. Porque las sociedades civiles son personas jurídicas, y como tales ostentan personalidad propia y autonomía patrimonial. Así las cosas, si una sociedad de este tipo obtiene beneficios, tales rentas deberán atribuirse *prima facie* a la misma sociedad, que es la persona—distinta de sus socios—que las ha obtenido. Con este precepto lo que se pretende es obviar la doble tributación a que están sometidas las sociedades de mayor envergadura económica. Porque al atribuirse los beneficios directamente a los socios, se elimina la tributación de la sociedad, como si ésta no tuviese personalidad jurídica independiente.

También se tiene en cuenta a las herencias yacentes para afirmar que sus rentas se atribuirán a los herederos. En este supuesto, la norma es perfectamente lógica. Porque este caso no guarda ningún paralelismo jurídico con el anterior. La herencia está yacente cuando ha fallecido el causante, pero todavía no ha sido aceptada por los herederos. Como no surge ninguna personalidad jurídica independiente de los adquirentes, no se puede oponer el reparo de que antes hablábamos. Estamos en presencia de una comunidad patrimonial entre los herederos y es lógico que a los mismos se les imputen los beneficios, por cuanto que no se puede hacer tributar por ellos al *de cujus*, que ya no vive.

Lo mismo cabe decir de las comunidades de bienes. En ellas una o varias cosas aparecen atribuidas a una pluralidad de sujetos, que son los directos titulares dominicales, sin interposición de ninguna persona jurídica. Por tanto, es lógico que las rentas se atribuyan directamente a los comuneros.

El exabrupto legal deriva del hecho de invocar al artículo 33 de la Ley General Tributaria y, sin embargo, prescindir de su normativa. Porque tal artículo 33 en ningún momento contempla a las sociedades civiles. Con mayor técnica jurídica que el proyecto examinado, se refiere a las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

Estas rentas anuales de las susodichas entidades se atribuyen a sus partícipes en la proporción en que resulten titulares según las normas o pactos convencionales o legales, y si éstos no constan a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales.

El párrafo 2 reincide en la desviación jurídica denunciada con respecto a las sociedades civiles. Y saltándose a la torera los frenos jurídicos, somete a determinadas sociedades a un paralelo régimen que el establecido para las comunidades, prescindiendo de la superestructura jurídica que representa el hecho de existir una personalidad independiente de los socios.

En el artificial régimen privilegiado se incluyen:

- a) Las sociedades de inversión mobiliaria y las de cartera.
- b) Las sociedades cuya actividad sea la mera tenencia de bienes.
- c) Las entidades jurídicas constituidas por profesionales.
- d) Todas las demás sociedades que no excedan de 25 socios o cuyo capital fiscal sea inferior a 100 millones de pesetas y que opten por este sistema de tributación.

En cualquiera de estos cuatro casos, los beneficios obtenidos se considerarán atribuidos directamente a los socios, integrándose en la base imponible de los mismos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas o, en su caso, en el de sociedades. Y ello aunque tales ganancias no hubiesen sido objeto de expresa distribución y olvidando el patrimonio autónomo en el que se han gestado.

Se trata de un privilegio injustificable si contrastamos la situación con la pureza conceptual de las instituciones jurídicas. Paradójicamente, a una realidad societaria se la declara excedente forzosa del escalafón de las sociedades en activo. En este sentido, el párrafo último del artículo 12 no deja lugar a dudas: Las entidades mencionadas no tributarán por el impuesto sobre sociedades.

El beneficio se reserva a las sociedades de pequeño espectro personal, que son las que solían eludir la contribución sobre la renta, porque eran creaciones artificiales de sujetos individuales. Y así nos indica el artículo 12, con respecto a las sociedades de inversión mobiliaria, las de cartera y las de mera tenencia de bienes, que será preciso:

A) Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar.

B) O bien que más del 50 por 100 de dicho capital pertenezca a diez o menos socios.

El texto legal opta por una solución definitiva: «Se entenderá por sociedades de mera tenencia de bienes aquellas en que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades empresariales o profesionales».

A nuestro modo de ver, existe otra ventaja adicional en la tributación de estas sociedades modestas. Es la que resulta de la aplicación del párrafo 4 del artículo 12, según el cual el beneficio atribuido a los socios será el que resulte de aplicar las normas del impuesto de sociedades para la determinación de la base imponible.

Porque si se aplicasen las normas de determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta (que sería lo lógico desde el momento en que se abandonó la tributación por el impuesto de sociedades), las minoraciones en la totalidad del beneficio anual serían menores. Sorprendentemente, el legislador—que abdicó de los postulados que gravan la actividad de las personas jurídicas—no tiene inconveniente en regresar a los predios del impuesto de sociedades, porque puede ser beneficioso para los contribuyentes al existir una mayor generosidad legal en la estimación de las sumas deducibles. Por ejemplo, pueden tenerse en cuenta los gastos de administración, conservación y reparación de los bienes, que, por el contrario, no son tomados en consideración en materia del impuesto sobre la renta.

También se consideran partidas deducibles (en el impuesto de sociedades) las cantidades destinadas a la amortización de los valores del activo o de elementos materiales de activo; las reducciones del valor en cuentas de los efectos en cartera o de otros elementos del activo, cuando la depreciación corresponda al envilecimiento de los valores en el mercado; los saldos favorables que el sujeto pasivo considere de dudoso cobro; las cantidades destinadas al seguro de los valores de la empresa...

Por el contrario, la gama de la deducibilidad presenta un campo visual mucho más reducido, contemplada desde el visor del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

2. *La base imponible del impuesto*

La Ley del Impuesto sobre la Renta ahorra uno de los dos procedimientos de determinación de la base imponible que contenía el proyecto precedente, y creemos que al pronunciarse por esta mutilación no ha estado acertado el legislador.

Para determinar la base imponible, el proyecto ofrendaba dos posibilidades: sumar el consumo a la variación en el valor del patrimonio o sumar los rendimientos con los incrementos del patrimonio. Esta segunda alternativa ha sido refrendada por la ley, pero no así la primera, oficialmente olvidada.

¿Y qué va a pasar cuando, en el futuro, se desconozcan los rendimientos del trabajo? ¿Cuando Hacienda no tenga noticia de ellos? Que no habría forma de determinar la base imponible por el segundo procedimiento del proyecto, hoy único de la ley. Pero hay supuestos en los que tal desconocimiento oficial puede darse. Por ejemplo, cuando las grandes empresas retribuyen, sin figurar en nómina, determinados servicios de algunos técnicos y profesionales. En estos casos, los rendimientos del trabajo son desconocidos por el Tesoro. Y también puede desconocerse el volumen real de los ingresos tratándose de numerosas profesiones o actividades comerciales. ¿Cuántas visitas de clientes, por las que se devengan honorarios, recibe al día un pediatra, un ginecólogo, un abogado? ¿Cuántos jerseys, cuántas camisas vende al año un comercio de prendas de vestir?

Para poder resolver con solvencia estos y otros casos que podrían presentarse parece lógico que el Fisco pudiera refugiarse en métodos de determinación de la renta que no pasasen por las coordenadas forzosas de los rendimientos y de los incrementos patrimoniales. En suma, postulamos la conveniencia de mantener el criterio de poder utilizar subsidiariamente los indicios que se derivan del consumo realizado en el año fiscal por el contribuyente inspeccionado.

El artículo 13 del Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta era de arcana redacción. Utilizaba un lenguaje tecnocrático, de perfiles esotéricos, que conducía al lector a la perplejidad. Parece, pues, deseable encasarse con la escueta normativa para tratar de filtrar un rayo de luz en el oscurantismo legal.

Según el párrafo 1, constituye la base imponible del impuesto la suma del consumo más la variación neta en el valor del patrimonio del sujeto pasivo.

Por lógica, hemos de entender que lo que el legislador quiere es remontarse hasta la renta, que es la fuente u origen de los ingresos anuales, desde los resultados a que conduce tal renta: o bien el gasto de parte de ella o bien el ahorro de lo que no se gasta. Porque los rendimientos

económicos de un patrimonio o se gastan o se ahorran. De ahí que podría formularse una ecuación: renta es igual a consumo más ahorro. Al fin y al cabo, se gasta o se ahorra lo que antes se ha ganado. Entrada y salida de capital. Los rendimientos son como el haz, y el consumo o el ahorro, como el envés de una misma realidad económica.

Si una persona gana un millón de pesetas anuales, gasta 500.000 y ahorra otras 500.000, todos estos avatares crematísticos pueden subsumirse en la complicada fórmula legal: el gasto de 500.000 pesetas sería el consumo; el ahorro residual constituiría ese otro sumando según el cual hay que agregar al gasto «la variación neta en el valor del patrimonio del sujeto pasivo». Porque si el contribuyente, al comienzo del ejercicio, tenía un patrimonio neto (declarado en el año precedente) de tres millones de pesetas, y lo incrementa en el transcurso del año fiscal con las 500.000 pesetas ahorradas, evidentemente, contará al finalizar el ejercicio con un patrimonio de 3.500.000 pesetas. Es decir, que existirá una «variación neta de 500.000 pesetas en el valor del patrimonio», según expresamente preceptúa el legislador.

Pero a este resultado constructivo sólo puede llegarse desde una interpretación cómplice y claramente benevolente con el pensamiento del legislador. Porque si, por el contrario, nos aferramos a una inteligencia literal de las expresiones legales, las conclusiones pueden resultar más rebeldes.

Y es que el consumo no siempre es indicativo de la salida de unos rendimientos anuales. Porque se pueden gastar no los ingresos profesionales del contribuyente, sino, por ejemplo, sumas obtenidas en premios de la lotería, de las quinielas o capitales procedentes de donaciones, de herencias...

Sin desconocer que el consumo hay que aceptarlo como un sumando de gran relatividad, porque hay quien gasta más que lo que gana (en cuyo caso no sería equitativo considerar como ingreso todo el gasto) y, por el contrario, hay quien gasta muy poco en relación con sus ingresos.

Por otra parte, una interpretación rabiosamente literal sería muy peligrosa. Supongamos que el sujeto pasivo es titular de un piso. Indudablemente, el inmueble se ha revalorizado espectacularmente en los tres últimos años. Si en 1974, por ejemplo, lo adquirió por tres millones de pesetas, hoy podrá valer más del doble. Pues bien, si nos aferramos a un entendimiento literal de la norma, habría que considerar que la plusvalía estática producida debe integrarse en la base imponible del impuesto, porque evidentemente habremos podido apreciar «una variación en el valor del patrimonio» del sujeto pasivo.

El precepto habla de «variación neta en el valor del patrimonio», y creemos que se trata de un descuido. En el ejemplo aludido del piso no vemos cuál sería una variación «neta» y cuál sería una variación «bruta»

en el valor del patrimonio. Y es que tal vez el legislador ha mezclado conceptos heterogéneos. Porque si en vez de referirnos al patrimonio, nos fijamos escuetamente en los rendimientos anuales, aquí sí que puede hablarse con propiedad de ingresos brutos e ingresos netos. Estos últimos resultarán de minorar en aquéllos los gastos imprescindibles para la obtención de los rendimientos y las demás deducciones autorizadas.

La expresión «variación neta en el valor del patrimonio» es elástica y poco precisa. Es un concepto laxo en el que caben muchas posibilidades. Por ejemplo, un incremento patrimonial derivado de una adquisición *mortis causa*, de una donación, de la obtención de ganancias en el juego... Pero cualquiera de estos acrecentamientos dista mucho de constituir un rendimiento anual, que es la materia propia de un impuesto que, como el de la renta, es de devengo anual.

El mayor escollo que debe sortearse a partir de la formulación legal es el de que pueden estimarse como integrantes de la base imponible los aumentos de valor estáticos del patrimonio del contribuyente (el caso del piso, al que antes aludíamos). Tal vez fuese un buen punto de partida, a este respecto, el que representa una variación en los términos del precepto. Creemos que mejoraría si se refiese a «las variaciones en el valor del patrimonio que resulten de la incorporación o de la disposición de nuevos elementos patrimoniales, siempre que no se encuentren sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones».

Una incorporación de nuevos elementos patrimoniales se produce, por ejemplo, cuando la masa patrimonial se incrementa en virtud del ahorro del sujeto pasivo, pues el dinero físico que tal ahorro comporta se agrega al que ya pertenecía al titular del patrimonio.

Y para soslayar el inconveniente que representa la mixtificación de este impuesto de rendimientos con los acrecimientos que exteriorizan no una crecida de renta, sino un aumento del capital, es por lo que concluimos la redacción extrayendo los aumentos ya sujetos al impuesto sobre las sucesiones.

El párrafo 2 del artículo 13 parecía más ortodoxo que el primero. Según este párrafo, «la base imponible se determinará por la suma algebraica de los rendimientos y las ganancias o pérdidas de capital».

Así como el párrafo 1 conjugaba la renta por pasivo, tratando de descubrir los ingresos a base de los gastos y del ahorro, el párrafo 2 conjuga la situación en su forma activa. Es algo más directo: La renta se compone de los rendimientos anuales y de las ganancias o pérdidas de capital. Es decir, la suma de todos los ingresos del sujeto pasivo.

¿Qué criterio van a seguir, en su día, las oficinas gestoras? ¿Determinarán la base imponible partiendo del consumo como premisa, para remontarse hasta los ingresos como conclusión, es decir, siguiendo un pro-

cedimiento inverso a la realidad económica de los hechos? O, por el contrario, ¿tomarán en cuenta la suma de los rendimientos y las ganancias de capital? Parece que lo lógico será combinar ambos criterios para tratar de averiguar la verdadera renta del sujeto gravado.

3. *Los aumentos de valor del patrimonio del sujeto pasivo*

Tal vez hay una impropiedad de formulación en el párrafo 1 del artículo 20 de la *Ley del Impuesto sobre la Renta*. Porque estima como incrementos o disminuciones del patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo. Aferrándonos a la literalidad de la norma, habría que entender que se ha producido una ganancia cuando alguien recibe una donación (contra lo que preconiza expresamente el apartado 2 del mismo artículo). Porque evidentemente se produce una variación en el valor del patrimonio del donatario, que resulta acrecido, y tal mutación se pone de manifiesto (párrafo 1) con ocasión de una alteración (por incremento) en la composición del patrimonio.

El legislador sería más técnico si se hubiese referido no a las variaciones en el valor del patrimonio, sino a las mutaciones en el valor de uno o varios elementos aislados de dicho patrimonio. Porque el patrimonio, como *universitas juris*, siempre será afectado por cualquier adquisición, ya se produzca ésta con ganancia, con pérdida o sin calificativos crematísticos, como ocurre en el caso de las adquisiciones lucrativas, consideradas desde el punto de vista del donatario o del heredero. En cambio, con respecto a un bien aislado puede haber plusvalía o minusvalía siempre que incida en la relación jurídica una diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación del bien aisladamente considerado. Y aquí sí que se produce con rigor técnico el concepto de ganancia o pérdida.

Sólo el magma de confusionismo que subyace en la formulación de los varios párrafos de este artículo 20 puede avalar el inciso final del apartado 2, según el cual no se tendrán en cuenta para determinar las ganancias o pérdidas patrimoniales, los aumentos en el valor del patrimonio que se encuentren sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones. Esta previsión es recusable por varias razones:

1.^a Porque en el supuesto del donatario o adquirente *mortis causa* falta el necesario contraste entre dos negocios sucesivos. Hay plusvalía si hoy se vende con ganancia lo que ayer se adquirió más barato. Pero el donatario adquiere sin contraprestación y, además, no hay constancia de que vaya a enajenar inmediatamente el objeto de su lucro. Por tanto, no puede cifrarse la diferencia entre el valor de adquisición y enajenación de lo adquirido, que es la que tipifica la noción de ganancia o pérdida.

2.^a Porque no puede desconocerse esa importante categoría fiscal que distingue a los tributos en impuestos sobre el patrimonio o capital e impuestos de producto. El de la renta es impuesto de producto que grava los rendimientos anuales y las ganancias del sujeto pasivo. Por el contrario, el de sucesiones es un impuesto que grava el patrimonio diferido, no sus rentas o productos. Por eso, como las coordenadas de ambos gravámenes son distintas, no debió el proyecto establecer conexiones artificiales entre las dos parcelas impositivas, como ocurre, por ejemplo, con el párrafo 3, referente a lo que algún comentarista denomina irónicamente «la plusvalía del muerto».

3.^a Volvemos a insistir en la argumentación inicial. El error está en referirse al patrimonio neto en conjunto y no haber aludido, por el contrario, a un solo elemento patrimonial. Siempre que alguien recibe una donación indudablemente aumenta el valor de su patrimonio global. Pero no aumenta el valor aislado de la cosa donada, porque no hay el necesario contraste de transferencias que visibilice un aumento o pérdida. Además, que en el supuesto de las adquisiciones lucrativas se resquebraja la nitidez de los conceptos de ganancia y pérdida, porque el supuesto no encaja en las previsiones legales. En efecto, para el donatario que transmite onerosamente la cosa adquirida siempre habrá ganancia, aunque malvenda lo que le regalaron, por la razón de que faltó la inicial contraprestación. Nunca perderá por bajo que sea el precio obtenido. Habrá dejado de ganar (lucro cesante) una parte del valor de la cosa, pero esa no ganancia residual no es un concepto equivalente al de pérdida. Es algo más sutil.

4. *Las variaciones en el valor del patrimonio neto*

Según el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél.

En esta fórmula, no demasiado clara, caben situaciones antitéticas y dispares. Por ejemplo, la transmisión de un bien por el contribuyente a título oneroso puede reflejar una diferencia de valor si hay—como es lógico—oscilaciones entre el precio de adquisición y el de la posterior enajenación. En este caso, el bien transmitido le reemplazará el dinero obtenido y el patrimonio aumentará de valor como consecuencia del sobreprecio obtenido, si es que ha aumentado la estimación económica de la cosa.

Y también encaja en la previsión legal el supuesto, crematísticamente antagónico, de que el sujeto pasivo disponga gratuitamente de algún elemento patrimonial. La donación de un inmueble, por ejemplo, patentiza

que se ha producido una alteración en la composición del patrimonio neto; porque una alteración es una diferencia, y la diferencia puede ser cualquier cambio para más o para menos. Al disponer gratuitamente el patrimonio se restringe, por no existir contraprestación, y, por tanto, hay un cambio minimizador. Consecuentemente, hay también una variación en el valor del patrimonio, que queda disminuido axiológicamente.

Pero también existe alteración en las transmisiones onerosas. Se produce el cambio de un objeto físico o de un derecho por su estimación pecuniaria, luego hay modificación objetiva por subrogación. Y, además, se producirá una variación en el valor del patrimonio, inherente a la plusvalía o a la minusvalía que resulte de parangonar el precio de la adquisición pretérita con el de la transmisión actual.

Partiendo de esta ambivalencia conceptual, que deriva del párrafo 1 del artículo 20, deviene exótico el párrafo 2 del mismo precepto, porque no rima bien jurídicamente con el que le antecede. Dice este párrafo 2 que no se tendrán en cuenta para determinar las ganancias o pérdidas del patrimonio los aumentos en el valor del patrimonio que procedan de rendimientos sometidos a gravamen en este impuesto por cualquier otro de sus conceptos, ni tampoco aquellos que se encuentren sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Ninguna de las dos excepciones tienen justificación. Los aumentos patrimoniales procedentes de rendimientos ya gravados, porque no se adecuan a la literalidad de la norma. Esos rendimientos sujetos pueden proceder del trabajo del sujeto pasivo, del capital, de la productividad económica de los inmuebles rústicos y urbanos, del capital mobiliario, de las actividades profesionales y empresariales; pero en todos los casos reflejan la productividad del patrimonio en sentido estático, incompatible en alguna medida con la necesidad de que se produzca una alteración en la composición del patrimonio.

Tampoco presenta gran justificación la exención de los aumentos patrimoniales sujetos al impuesto de sucesiones. Porque ante cualquier donación o transmisión sucesoria se cumplirán siempre los dos requisitos exigidos de que haya una variación (por disminución en este caso) en el valor del patrimonio y de que acontezca con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél. Por tanto, como el supuesto encaja perfectamente en la definición de lo que es pérdida de capital, es por lo que no acertamos a comprender la razón de la exención.

5. *Los incrementos de patrimonio y la renta del transmitente*

En la *Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* se contiene una norma pagana, de difícil inteligencia y que chirría al ponerla

en relación con los mecanismos tributarios normales. Me refiero al *párrafo 3 del artículo 20*, regulador de las *ganancias y pérdidas patrimoniales*. El precepto establece que son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa.

Como primera observación hay que destacar que se incrementa el trabajo de las ya agobiadas oficinas liquidadoras. Porque para detectar una diferencia de valor es necesario contrastar dos transmisiones sucesivas y comparar la estimación económica que la cosa transmitida haya tenido en los dos diferentes momentos transmisivos. Lógicamente esta averiguación de las discrepancias crematísticas obligará a la llevanza de unas fichas, a la constatación parangonable de los actos de transmisión gratuita.

Por otra parte, la idiosincrasia de las transmisiones lucrativas no se concilia bien con la naturaleza de las plusvalías. Si en un juego conjuntado de dos transmisiones onerosas sucesivas es fácil ver el acento de la plusvalía, no acontece lo mismo con los actos gratuitos. Con un ejemplo veremos mejor la diferencia. Si un contribuyente compró un piso en 1960 y le costó 100.000 pesetas, podrá ocurrir que lo venda en 10.000.000 en 1978. El énfasis de la plusvalía es muy claro: está en la ganancia de 9.900.000 pesetas habida al vender lo que antes compró por menor precio.

Pero si en 1960 compramos el indicado piso y lo regalamos en 1978, no puede hablarse de ganancia (desde el punto de vista del transmitente, al que se refiere la norma), sino al contrario, de empobrecimiento. Si ahora dono lo que antes me costó un millón de pesetas, no puede decirse que he tenido ningún tipo de ganancia, porque tal sustantivo es inviable en un negocio jurídico en el que lo único que existe es todo lo contrario de cualquier posible ganancia, pues el donante pierde lo que transmite, sin recibir a cambio ninguna compensación económica.

El computarse estas ganancias irreales en la renta del transmitente quiere decir que si se trata de una sucesión, por ejemplo, serán los herederos del causante los que tengan que afrontar el pago de la inexistente ganancia, porque la deuda impositiva del fallecido se transmite a sus causahabientes.

* * *

Es difícil encontrar lógica en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, porque *las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de una transmisión lucrativa* no significan ninguna ganancia del causante, contra lo que preconiza expresamente el precepto enjuiciado.

Y, por el contrario, una baja en la valoración de los bienes transmi-

tidos tampoco representa una pérdida—si queremos hablar así—; en tal caso, la pérdida sería por el total valor de la cosa regalada y no por la diferencia entre el valor que tenía cuando la adquirió el donante y el que tiene cuando la transmite gratuitamente.

Y es que el concepto de plusvalía no rima con las transmisiones lucrativas. Tiene que haberse adquirido onerosamente por un inferior valor lo que luego se transmite por mayor suma, produciéndose un lucro gravable con la diferencia de precios, que es el que se somete al impuesto. Pero un donante nada gana con su desprendimiento, sino al contrario, se empobrece en una fracción de su patrimonio.

La propia fraseología legal resulta despegada de la realidad jurídica que pretende normar. El texto impositivo alude a «las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa». Pero precisamente en las transmisiones gratuitas no suele desempeñar el valor una función de mensura económica de la cosa donada o transmitida por herencia. Si alguien da a otro un piso, un vehículo, un reloj..., se lo transmite sin ponerle la etiqueta de lo que vale. Se enajena la cosa cualquiera que sea su valor.

Es en las transmisiones onerosas donde no se puede prescindir del dato del valor. Porque su propia onerosidad presupone siempre una contraprestación. Por ejemplo, el precio en la compraventa, que sirve para medir en dinero el valor económico de las cosas compradas. Y cuando un mismo objeto ha sido enajenado en dos ocasiones diferentes, su estimación económica variará con el tiempo transcurrido. De ahí que en estas disposiciones onerosas puedan desempeñar perfectamente los conceptos de ganancia y pérdida.

Aunque, a efectos argumentales, pudiéramos aceptar el punto de vista del legislador, no por eso quedaría amnistiada la extrañeza que forzosamente ha de producir la exigencia de que la ganancia intuida se compute en la renta del transmitente. Porque la diferencia de valor, aunque la hubiera, a él no le beneficia. Y, por tanto, no hay razón para situarla en la base imponible de su contribución sobre la renta.

Claro es que la diferencia de valor, determinante de la plusvalía o de la minusvalía, tampoco puede predicarse del donatario o del heredero. Porque para que puedan apreciarse incrementos o deterioros gravables en un patrimonio, éste debe pertenecer al mismo titular en dos momentos temporales concatenados: cuando lo adquirió y cuando, posteriormente, lo transmite. Pero en el caso analizado falta la posibilidad de parangón entre dos momentos dispositivos, ya que sólo ha ocurrido el evento adquisitivo del donatario o heredero.

Por ello parece más lógico pensar en una futura plusvalía de los donatarios o herederos. Si se valoran los bienes donados en el instante de la

donación y se vuelven a valorar en el tiempo futuro en que el donatario los enajene, indudablemente se apreciará una diferencia de valor, aunque sólo sea por influencia de la continuada desvalorización monetaria. Ese sería, por tanto, el momento óptimo para gravar la plusvalía. Pero siempre quedaría en pie el problema insoluble (desde un punto de vista lógico) de que sea el transmitente quien padezca la plusvalía, que no le beneficia.

6. *Inversiones realizadas en la adquisición de viviendas*

Según el artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, se deducirá de la cuota el 15 por 100 de las inversiones realizadas en la adquisición de la vivienda que constituya la residencia habitual del contribuyente; pero no se podrán computar a estos efectos las cantidades que constituyan incrementos de patrimonio no gravados por el artículo 20.

Este precepto requiere algunas aclaraciones. El proceso clarificador debe iniciarse con la transcripción de la norma del artículo 20. Según este precepto, «cuando se trate de incrementos de patrimonio obtenidos por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, el importe de los mismos se reducirá en dos millones de pesetas siempre que el total de la enajenación se reinvierta en bienes de la misma naturaleza y destino en un plazo no superior a dos años».

Con un ejemplo numérico se pueden aclarar los conceptos. Supongamos que el contribuyente adquiere una vivienda que le cuesta diez millones. El particular tiene derecho a la deducción de 1.500.000 pesetas de la deuda que por contribución sobre la renta haya contraído con el Estado.

Pudiera ocurrir que el interesado adquiriese el nuevo piso con el precio obtenido por la reventa de su vivienda anterior. Si ésta le costó tres millones y la vendió en diez millones habrá conseguido una ganancia de siete millones. Ganancia un tanto teórica desde el momento en que la suma obtenida con la venta la va a dedicar íntegramente a la adquisición de otro piso. En este supuesto no se podrán computar los siete millones de pesetas con que se lucró el vendedor. Por tanto, la bonificación del 15 por 100 sólo afectará a los tres millones residuales. Es decir, que únicamente tendrá derecho a un descuento de 450.000 pesetas sobre el importe de la cuota.

Es lógico que no se computen, a efectos de deducción de la cuota, las cantidades que significan plusvalías no gravadas. Si se las hubiere hecho tributar en concepto de ganancias obtenidas, ahora se las tendría en cuenta y se deducirían de la cuota. Es como si se tratase la tributación de las plusvalías, pues el no aceptar una bonificación es reconocer una obligación tributaria.

A continuación establece el artículo 29 una previsión extraña. Dice que la aplicación de estas deducciones requerirá que el importe comprobado del patrimonio del contribuyente al finalizar el período de la imposición (por ejemplo, 40 millones de pesetas) exceda del valor que arroja su comprobación al comienzo del mismo (por ejemplo, 30 millones), por lo menos, en la cuantía de la inversión realizada (por ejemplo, diez millones, valor del piso adquirido).

Con este párrafo se ofrece una salida tributaria para los incrementos de patrimonio no justificados. Un dinero que no se sabe cómo accedió al peculio del contribuyente (hasta podría ser renta ocultada) legítima, al ser invertido en una vivienda, el que se obtenga una deducción en la cuota del impuesto.

Pero la sorpresa carece de fundamento real. Si el contribuyente adquiere la vivienda con un dinero patrimonial anteriormente declarado, no debería satisfacer ninguna cantidad por el impuesto sobre la renta, porque la adquisición del inmueble exteriorizaría únicamente una subrogación real, un cambio de dinero por cosa, en un patrimonio que permanece.

7. La ilusoria desgravación por los hijos en la contribución sobre la renta

En los albores del año 1963 se instauró por primera vez en España el salario mínimo interprofesional. Aunque no dispongo de datos concretos, si la memoria no me falla, hace tres lustros dicho salario se cifró en 2.700 pesetas al mes. Coincidiendo con esta cuantía, la legislación fiscal desgravaba, en el impuesto sobre la renta, la cantidad de 25.000 pesetas por cada hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptado, salvo los varones mayores de veinticinco años, los casados y religiosos profesos, de uno y otro sexo, o los que tengan de por sí peculio con renta superior a 25.000 pesetas anuales o perciban remuneraciones de trabajo de cierto volumen.

En aquellos años, la desgravación de 25.000 pesetas por hijo tenía cierto relieve económico. Porque si el peonaje ganaba 2.700 pesetas al mes, 25.000 eran más de nueve veces el montante de dicho salario mínimo.

Hoy día se ha roto el equilibrio comparativo, porque el salario mínimo interprofesional de sólo un mes rebasa la cuantía de la desgravación anual por los hijos (2). Para que se mantuviera, en alguna medida, el paralelismo cuantitativo y la desgravación por los hijos no resultara ilusoria, sería preciso multiplicar por diez las 8.000 pesetas desgravadas por cada hijo.

El espejismo de muchos contribuyentes, hasta el mes de septiembre

(2) El artículo 29 de la Ley permite deducir de la cuota por razón de matrimonio 8.500 pesetas y 6.000 pesetas por cada hijo.

de 1978, consistía en creer que por cada hijo le desgravaban 25.000 pesetas, pero no era así, sino que le bonificaban mucho menos. En el folleto de instrucciones editado por el Ministerio de Hacienda para ilustrar a los contribuyentes sobre la forma de practicar la declaración-liquidación correspondiente al ejercicio de 1976, se contiene un ejemplo que clarifica perfectamente el tema de las desgravaciones por familia. Se trata de un supuesto con una base liquidable de 2.645.556 pesetas, a la que corresponde un tipo medio de gravamen del 31,28 por 100. El declarante hipotético tiene tres hijos. Si las bonificaciones de la cuota fuesen rotundas y no preñadas de barrocos casuismos, obviamente tendría el sujeto pasivo del gravamen el derecho a una deducción de 75.000 pesetas (25.000 por tres hijos). Pero no es así. Al relacionar esta base con el tipo medio de gravamen, 31,28 por 100, resulta irónicamente que sólo se le descuentan unas 25.000 pesetas por los tres hijos. Es decir, menos de las 25.000 pesetas que corresponderían a un solo hijo si la desgravación fuese de netos perfiles.

En los tiempos inflacionistas que nos ha tocado padecer, el mantenimiento y educación de los hijos desborda ampliamente las esclusas de esas 8.000 pesetas anuales a que actualmente se queda reducida la desgravación por cada hijo con derecho a ella.

Parece lógico, pues, postular la cifra que antes propugnábamos, que ofertaría una desgravación que estaría en línea con las dentelladas económicas que suponen para el presupuesto de tantas familias españolas los crecientes costos de alimentación, vestido y enseñanza de sus hijos.

8. *Los signos externos de renta gastada*

En el texto refundido del impuesto sobre la renta de 23-XII-1967 se imputan como signos externos de renta gastada algunos usos suntuarios y algunos disfrutes que no son demasiado lujosos. Entre los primeros figuran la utilización habitual de embarcaciones y caballerías de lujo, la de automóviles de potencia fiscal superior a ocho caballos, la de aeronaves, de cotos de caza y pesca deportiva y el goce de viviendas de esparcimiento y recreo. Entre los segundos pudieran citarse la ocupación de la vivienda-hogar, el uso de automóviles utilitarios y el disponer de algún servidor doméstico (arts. 19 y siguientes del Decreto de 23 de diciembre de 1967).

A partir de 1977 se puede sancionar con especial rigor la ocultación de los signos externos que pudieran catalogarse como de ostentación suntuaria. Tanto si la falta consiste en que el contribuyente no ha presentado declaración estando obligado a hacerlo, como si presentándola omite consignar en ella el haber disfrutado de manera habitual embarcaciones, caba-

llerías de lujo, automóviles de mayor potencia fiscal, aeronaves, viviendas y cotos de caza y pesca deportiva, que pertenezcan a sociedades, entidades o personas físicas interpuestas, pero que, por el hecho del uso, se imputan a la persona natural que los disfruta.

En todos estos supuestos se aplica el rigor dogmático del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, que inauguró una persecutoriedad fiscal, todavía viva, según la cual se sanciona con multa de 50.000 a 250.000 pesetas a las personas físicas que no incluyan en su declaración signos externos que les sean imputados.

JOSÉ MENÉNDEZ

Registrador de la Propiedad

Reflexiones en torno al concepto de corraliza

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1974*: 1. Antecedentes. 2. Motivos del recurso de casación. 3. Doctrina del Tribunal Supremo.—III. *Comentario*: 1. Planteamiento del problema. 2. Situación anterior al Fuero Nuevo. 3. Antecedentes inmediatos de la Compilación de Derecho civil de Navarra. 4. La enmienda de SANCHO REBULLIDA. 5. La Compilación de Derecho civil de Navarra. 6. Corralizas y helechales.—IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Las líneas que siguen no constituyen un estudio exhaustivo de la figura jurídica navarra llamada corraliza. Pretenden ser sólo unas reflexiones hilvanadas al hilo de un supuesto de hecho, nacido de la propia conflictividad de la figura, al que en su momento estuve muy directamente vinculado.

Intento, pues, con este trabajo contribuir al esclarecimiento de los perfiles de una figura que se ha caracterizado siempre por su ambigüedad ya desde sus orígenes. Estos son confusos, y de su estudio puede deducirse que las corralizas surgieron al margen de una regulación positiva que sólo se ha conseguido de un modo integral en la vigente Compilación navarra.

Por esta razón no sólo es una labor dificultosa trazar una trayectoria histórica, sino que también la costumbre ha ido modificando, según las épocas, su significado y contenido.

Parece indudable que las corralizas nacen, en principio, sobre inmuebles pertenecientes a los Ayuntamientos. El origen de estas propiedades municipales hay que buscarlo en las concesiones de terrenos otorgadas a los municipios de la Ribera navarra, ya desde Alfonso I *el Batallador* (1). Tales terrenos, yermos, eran impropios para la agricultura, pero utiliza-

(1) Cfr. A. FLORISTÁN, *La ribera tudelana de Navarra*, Pamplona, 1951, pág. 83.

bles para ganadería mediante el aprovechamiento de las hierbas que en ellos crecían espontáneamente.

Esta posibilidad de aprovechamiento originó una progresiva «profesionalización» de la actividad ganadera, con un correlativo aumento de poder de los ganaderos.

Pronto surgieron problemas entre éstos y los restantes vecinos acerca del aprovechamiento de aquellas partes, en principio comunes. En Tafalla, la tensión llegó al punto de hacer precisa la promulgación de la Ley VII de las Cortes de Olite, celebradas en 1621 (2).

Los problemas parecen a continuación difuminarse, para rebrotar ya en pleno siglo XIX. La Ley 26 de las Cortes de 1828-1829 se propuso potenciar las plantaciones de arbolado. La medida resultaba provechosa para la agricultura al proporcionar humedad al suelo seco, pero, como es lógico, disminuía los pastos. Por ello, la ley tropezó con la cerrada oposición de los ganaderos, acostumbrados ya a disfrutar no sólo las hierbas comunes, sino hasta las de propiedad particular. Y tal era la fuerza de los ganaderos que la ley no fue observada (3).

Coincide esta época con la del deterioro de los bienes comunales, una de cuyas causas más importantes, al menos en España, fueron las usurpaciones de los municipios (4). De esta manera, se produce un proceso de privatización, de incorporación de estos bienes a manos privadas; en el caso de los Ayuntamientos, ingresan en los bienes de propios. Así, a mediados del-siglo pasado, las hierbas de los montes municipales podían ser de propios o de aprovechamiento común, dependiendo, obviamente, de la naturaleza del monte mismo. Y unas y otras seguían distinto régimen. El aprovechamiento de las de propios se arrienda. Los pueblos seguían sistemas diferentes. Unos las sacaban a subasta, mientras otros las dividían en quñones o corralizas (5).

Las corralizas surgen, pues, sobre terrenos de propios y no comunales (6). Cabe, sin embargo, admitir un origen comunal de los predios,

(2) Vid. sobre este tema F. ESQUIROZ, *Historia de la propiedad comunal en Navarra*, Peralta, 1977, págs. 76-80.

(3) Cfr. J. ALONSO, «Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes de Navarra», en *Biblioteca de Derecho Foral*, V, 2, Pamplona, 1964, pág. 301.

(4) Cfr. A. NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, 1964, pág. 801.

(5) Cfr. J. ALONSO, «Recopilación y comentarios », cit., págs. 302-303.

(6) Cfr. A. FLORISTÁN, *La ribera tudelana*, cit., pág. 88. NIETO, sin embargo, opina lo contrario, considerándolas como bienes comunales atípicos (cfr. *Bienes comunales*, cit., págs. 393-395). Los bienes comunales atípicos son, para este autor, aquellos que tienen un aprovechamiento vecinal comunal, aunque su propiedad no pertenezca al municipio (*op. cit.*, pág. 307). La aplicación de este criterio a las corralizas es errónea en mi opinión, puesto que su aprovechamiento es siempre privativo.

supuesto que incluso se halla previsto en la vigente Compilación navarra (7).

El proceso descrito no prejuzga para nada la naturaleza jurídica del aprovechamiento de los pastos. En realidad, el alcance de los derechos de los titulares carecía de importancia práctica porque, de hecho, los terrenos se dedicaban exclusivamente a pastos. La uniformidad de este destino posiblemente tuviera que ver con la dificultad que el suelo ofrecía a ser roturado con las técnicas entonces existentes. Incluso la propia expresión «corraliza» se acuña primeramente como sinónimo de corral (8).

Los problemas aparecieron—señala AIZPÚN—al vender los Ayuntamientos sus corralizas, lo que empieza a suceder ya entrado el siglo XIX; porque, ¿qué era lo vendido? ¿Sólo las hierbas y aguas o, por el contrario, una finca rústica con todos sus aprovechamientos? (9). Y aún se agudiza más la cuestión cuando el perfeccionamiento de la técnica agrícola permite a los adquirentes roturar (como, de hecho, hicieron), apartándose así de un destino económico secular (10).

La corraliza, de este modo, viene a plantear un curioso caso de distorsión jurídico-económica. ¿Puede el único aprovechamiento posible sobre una finca en un momento histórico constituirse en objeto independizado de derechos engendrando una figura real atípica? (11).

Esta es la cuestión nuclear, que tratará de ser resuelta a lo largo de este estudio.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974

1. Antecedentes

En 1827, don Manuel M., acreedor del Ayuntamiento navarro de Azagra, obtuvo ejecutoria contra los bienes de dicho municipio. Como conse-

(7) Ley 379, párrafo segundo, de la Compilación navarra.

(8) Cfr. F. DE ARÍN DORRONSORO, *Problemas agrarios. Estudio jurídico-social de las corralizas, servidumbres, montes y comunidades de Navarra*, Segovia, 1930, página 8.

(9) Cfr. J. AIZPÚN, «Comunidades de bienes. Facerías. Vecindades foranas. Servidumbres», en *Curso de Derecho foral navarro*, I, Pamplona, 1958, pág. 80.

(10) Cfr. A. FLORISTÁN, *La ribera tudelana...*, cit., pág. 89.

(11) La relevancia jurídica que va adquiriendo el mero aprovechamiento económico—es decir, sin desglosarse del dominio ni constituir un derecho real limitado—ha sido ya puesta de manifiesto por la doctrina. Así, DORAL ha apuntado la posibilidad de que el propietario pleno hipoteque el usufructo de la cosa, entendido como magnitud económica o parcela de valor de la misma. Caso de no ser satisfecho el crédito, la ejecución hipotecaria daría lugar—entonces, y sólo entonces— a la constitución de un derecho real de usufructo a favor del acreedor. Vid. J. A. DORAL, *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, págs. 214-217; lo señala también E. LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, páginas 233-235. Por último, la Dirección General de los Registros ha admitido esta posibilidad en sus Resoluciones de 27 de mayo y 25 de noviembre de 1968.

cuencia de la misma se adjudicaron a don Manuel tres corralizas, suscribiéndose entre el Ayuntamiento y dicho señor una escritura de «apropio» en la que las corralizas se tasaron, describieron y midieron.

La escritura concluía de este modo:

«Arreglado a lo expuesto, don Manuel M. hace el apropiio de las corralizas del Espartal y de Prados y parte de la de Ríos en propiedad y posesión, para poder libremente gozarlas, arrendarlas y hacer el uso que fuere de su voluntad, como cosa suya, sin intervención y con total independencia de otra persona en manera alguna.»

Tiempo después, don Manuel M. dividió la corraliza del Espartal entre sus dos hijos. A partir de aquel momento, ambas porciones llevaron una vida jurídica independiente y distinta.

La parte sur, origen del litigio, fue objeto de diversas transmisiones, y en 1952 uno de los adquirentes posteriores la inmatriculó a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Durante todo este tiempo, la corraliza había permanecido yerma, destinándose sólo a pastos. Sin embargo, dada su gran extensión, existían dentro de sus linderos multitud de parcelas más pequeñas, pertenecientes en pleno dominio a diversos vecinos de la villa de Azagra; estas parcelas estaban roturadas por sus dueños y dedicadas a cultivo, en su mayor parte de secano.

En el año 1967, los hermanos María Rosa y Cándido F. L., agricultores de profesión, adquirieron esta porción sur de la corraliza en virtud de escritura pública. La adquisición fue seguidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. En esta escritura, la parte sur de la corraliza se describía del siguiente modo:

«Porción de corraliza del Espartal, de 101 hectáreas, 11 áreas y 45 centiáreas. Linda Norte, herederos de Mateo L.; Este, muga de Peralta; Sur, Corraliza de Ríos; Oeste, acequia Río Molinar. Comprende esta corraliza en su mayor extensión terrenos yermos y es inherente a ella el derecho de pastos en las fincas y terrenos enclavados dentro de sus linderos después de la recolección de las cosechas.»

En 1970, María Rosa y Cándido roturaron y sembraron de trigo buena parte de la extensión yerma de la corraliza.

Ante este hecho, el Ayuntamiento de Azagra dedujo contra los hermanos F. L. demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que se presentó ante el Juzgado en mayo de 1970.

El actor mantenía en su escrito que el concepto de corraliza, como institución foral navarra, sólo incluye el derecho de aprovechamiento de las hierbas y aguas; que en 1827 el Ayuntamiento sólo había cedido este aprovechamiento, y que, en consecuencia, María Rosa y Cándido habían

roturado indebidamente, ya que carecían de derecho para ello. La demanda se dirigía también *ad cautelam* contra los anteriores titulares de la corraliza, desde aquel que la inmatriculó.

En súplica, el actor solicitaba: 1.º, la declaración de que lo único cedido en 1827 era el derecho de pastos y aguas, pero no el pleno dominio; 2.º, que los actuales propietarios carecían del derecho a roturar la corraliza; 3.º, subsidiariamente, para el caso de que se declarase que la corraliza pertenecía en pleno dominio a los hermanos F. L., la condena de los anteriores titulares a indemnizar al Ayuntamiento de Azagra.

Los hermanos F. L. se opusieron a la demanda alegando ser propietarios en pleno dominio e invocando en su favor la interpretación del título del primitivo apropio.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda afirmando, entre otros extremos, que:

«(..) a tenor del artículo 1.281 del Código Civil se puede llegar a declarar que la intención de las partes no fue otra que la de transmitir y adquirir, respectivamente, no sólo el derecho de pastos de la finca deslindada, sino la plena propiedad de la corraliza incluido el suelo de la misma, quedando así privado el Ayuntamiento de Azagra de cualquier derecho que pudiese haber ostentado sobre la misma, pues la palabra labradío o labrantío es aplicada, según el diccionario, al campo o tierra de labor, es decir, al terreno susceptible de ser cultivado independientemente de que tales labores se llevaran a cabo por el ejecutante o, por el contrario, destinara la finca al aprovechamiento de los pastos nacidos espontáneamente, pero en cualquier caso con exclusión de todo género de ganado de los vecinos, ya que el apropio se llevó a efecto en propiedad y posesión, dando así el mayor alcance que jurídicamente puede atribuirse a un acto traslativo de dominio, libre de cualquier acto obstativo al concederse la plena facultad de poder libremente gozarla, arrendarla y hacer el uso que fuese de su voluntad como cosa suya sin intervención y con total independencia de otra persona de manera alguna, quedando, pues, claramente de manifiesto el alcance y voluntad de las partes, con tan reiteradas expresiones que no ofrecen duda alguna a la hora de interpretar su alcance y contenido de acuerdo con el artículo 1.285 del Código Civil».

Apelada esta resolución, la Audiencia Territorial de Pamplona la confirmó en todas sus partes, salvo en lo relativo a la imposición de costas al actor respecto a los herederos de don Esteban L., en su Sentencia de 24 de junio de 1973.

El Ayuntamiento de Azagra interpuso contra el fallo de segunda instancia recurso de casación articulado en cuatro motivos.

2. Motivos del recurso de casación

El primero de los motivos, el más interesante para este comentario, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, denunciaba la infracción por violación de la Ley 379, párrafos 1.º y 2.º, y de la Ley 380 de la Compilación navarra. Se alegaba por el recurrente que cuantas expresiones referentes a la titularidad dominical apareciesen en el título de apropió y sucesivos debían entenderse referidas solamente al disfrute de hierbas y aguas. En consecuencia, que el Ayuntamiento recurrente sólo había cedido en 1827 este aprovechamiento.

Ello es así, en opinión del recurrente, porque la institución llamada corraliza tiene un contenido típico predominante: «un verdadero derecho de propiedad que recae sobre el objeto constituido por un aprovechamiento especial». Se trata, consecuentemente, de una coexistencia entre la propiedad del suelo y la de las hierbas y aguas. Y por no haberlo entendido así, la sentencia de instancia infringió, siempre según el recurrente, las leyes de la Compilación navarra mencionadas en el recurso.

Se denunció en el segundo motivo la infracción por violación de los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código Civil. La Sala de instancia, se razonaba, infringió los mencionados preceptos al interpretar la escritura de apropió de 1827 y referir las expresiones allí contenidas no al aprovechamiento de hierbas y aguas, sino al dominio pleno.

Los motivos tercero y cuarto denunciaban, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba, siempre en relación con los dos primeros motivos del recurso.

3. *Doctrina del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso interpuesto, declarando lo siguiente:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar.

CONSIDERANDO que ambos litigantes están de acuerdo en que en mil ochocientos veintisiete don Manuel M., acreedor del Ayuntamiento de Azagra, ejecutó su crédito en pago del cual se le adjudicaron varios bienes municipales, entre los cuales figuraba una finca rústica denominada la Corraliza del Espartal; y el problema básico planteado en estos autos consiste en determinar la naturaleza y alcance de aquel negocio jurídico, el verdadero objeto transmitido, que mientras la parte demandada pretende que fue el dominio íntegro de la finca, con todas sus facultades y derechos, la parte actora pide en su demanda que se declare que lo único que se adquirió por los demandados fue el derecho de hierbas y aguas sobre la Corraliza del Espartal y no la propiedad del terreno; pero esta acción, que pudiéramos llamar negatoria del dominio, se formula de un modo condicional y de difícil inteligencia porque, admitiendo la posibilidad de que se declarara que los actuales demandados, es decir, los mismos, porque no hay otros, habían adquirido la plena propiedad (cosa procesalmente imposible porque no puede concederse lo que no se ha pedido), se condene al anterior o anteriores vendedores a satisfacer al Ayuntamiento de Azagra el valor del terreno, excluido el aprovecha-

miento de hierbas y aguas, lo cual implica una *contradictio in terminis* porque es impropio que se produzca la transmisión del pleno dominio en pago de deudas sin que se haya satisfecho el importe mismo (artículo 1.175 y siguientes del Código Civil), con lo cual sería suficiente para la desestimación de la demanda como hacen las sentencias del Juzgado de Estella y la recurrida de la Audiencia de Pamplona que la confirma, aunque prescindiendo, una y otra, de aquellos obstáculos iniciales.

CONSIDERANDO que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que lo que se ejercita por el Ayuntamiento demandante es una acción declarativa, porque no se pretende una recuperación del dominio, a la que se añade otra eventual de daños y perjuicios, a las que no se puede dar lugar porque de la interpretación de los términos y circunstancias del contrato aparece claramente definida la figura de un contrato de compraventa en la que el objeto de la misma fue la plenitud del dominio de la finca.

CONSIDERANDO que contra dicha sentencia se formula recurso de casación, cuyo primer motivo denuncia la violación de las Leyes 379, párrafos primero y segundo, 380 de la Compilación Foral de Navarra sobre contenido y régimen de la institución denominada «corraliza» y su concepto en la historia de la misma y como tal ha de calificarse el contrato de referencia según el recurrente; pero es lógico que esto plantea un problema de interpretación porque los contratos no se identifican por la denominación que las partes les atribuyen, sino por el conjunto de su contenido obligatorio (Sentencias de 4 de febrero y 19 de noviembre de 1965 y 20 de junio de 1970), problema que debía haberse planteado en primer término, pero que se ataca en el segundo motivo; a cuyo efecto es de recordar que la sentencia recurrida destaca la rotundidad y claridad de los términos empleados por el documento de referencia, de los que aparece que lo que se transmitió fue el *apropio* de dos corralizas, El Espartal y Prados, «en propiedad y posesión para poder libremente gozarlas, arrendarlas y hacer el uso que fuere de su voluntad como cosa suya sin intervención y con total independencias de otra persona en manera alguna»; es decir, que si es cierto que en el estilo y redacción de aquella escritura no utiliza el término específico, no lo es menos que enumera todos los derechos y facultades del dominio sin limitación alguna ni la hace compatible con intromisión de persona alguna individual o jurídica; sin que la denominación de corraliza aplicada al objeto, que puede ser usual para las fincas cuyo principal destino fuese el pastoreo, sea suficiente para invalidar la calificación hecha por la sentencia recurrida, pues aun así, tomado en su sentido estricto, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 379 de la Compilación de derecho civil foral de Navarra, se presume que la propiedad del suelo corresponde al municipio a no ser que resulte lo contrario, y, por consiguiente, pudo enajenarla como en el caso de autos se declara por la sentencia recurrida, interpretación a la que hay que estar, según reiteradísima jurisprudencia, mientras no sea absurda o inverosímil, en cuya virtud hay que desestimar también este motivo del recurso.

CONSIDERANDO que el motivo tercero no puede prosperar, en primer término porque en materia de interpretación de las obligaciones no puede invocarse el Código Civil cuando existen en Derecho foral navarro preceptos específicos como el artículo 490 de la Compilación, conforme al cual hay que atenerse a la voluntad declarada que, conforme queda dicho anteriormente, ha quedado perfectamente conocida.

CONSIDERANDO finalmente que habiéndose iniciado el proceso y verificado todo él sobre la base del contrato de 19 de noviembre de 1827, carece de eficacia el motivo cuarto del recurso porque ni en el apartado a) se razona la trascendencia del documento que se cita, ni el hecho de que haya enclaves de propiedad privada es obstáculo para que el resto tam-

bién lo sea; antes al contrario, robustece la posición de la parte demandada; ni lo que ocurra en una finca ajena, como es la parte Norte, puede trascender a lo que se discute, ni cabe hacer referencia al folio 344 que no aparece en los autos.

FALLAMOS que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto en nombre del Ayuntamiento de Azagra contra la sentencia que con fecha 27 de junio de 1973 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón del depósito ha constituido, a la que se dará el destino que previene la Ley; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación que remitió.

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento del problema*

Con el caso que acabo de resumir se planteaba ante el Tribunal Supremo, por primera vez desde la promulgación de la Compilación de Derecho civil navarro, el delicado tema de las corralizas. Sin embargo, forzoso es reconocer, tras el estudio de la sentencia, que el problema sigue en pie, pues los perfiles jurídicos de la corraliza siguen sin delinearse con nitidez. Verdad es también que la contribución del Fuero Nuevo, con ser importante, no es decisiva. Pero el Tribunal Supremo hubiera podido, de abordar el tema frontalmente, sentar al respecto una doctrina esclarecedora o, al menos, clarificadora.

Hay que reconocer que el Tribunal Supremo «acierta», por decirlo así, al reconducir el problema a la sede interpretativa. Lo que ocurre es que la interpretación realizada por él es, en mi opinión, insuficiente. No sólo hay que verificar la interpretación del título constitutivo, sino también la de la propia Compilación, y coordinar una y otra.

Ahora bien: por un lado, la peculiar naturaleza del Derecho foral navarro e incluso de la propia Compilación (12), y por otro, el hecho de que varios de sus redactores se hayan ocupado del tema en época anterior a su publicación, obliga, según pienso, a trazar una panorámica del *status quaestionis* al momento de la entrada en vigor de este cuerpo legal;

(12) La Ley de Jefatura del Estado de 1 de marzo de 1973, que sancionó la Compilación, expresaba en su artículo único: «Se reconoce como vigente el Derecho civil foral de Navarra recogido en el texto que a continuación se transcribe, que queda aprobado y entrará a regir como Compilación del Derecho civil foral de Navarra». Y la Ley 1 de la propia Compilación es del siguiente tenor: «Esta Compilación del Derecho Privado foral, o Fuero nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes». Esto refuerza la importancia de los antecedentes históricos de las instituciones navarras; antecedentes que sólo de un modo muy aproximativo pueden denominarse así.

panorámica que ha de hacerse extensiva al estudio de sus antecedentes más directos, de los que, en materia de corralizas, el Fuero Nuevo de Navarra es un puro precipitado.

2. *Situación anterior a la Compilación de Derecho civil de Navarra*

El apunte histórico realizado más arriba (13) permite sentar dos bases o puntos de partida: en primer lugar, que las corralizas no llegan a su acepción actual—y, por ende, no comienzan a plantear problemas—hasta el siglo XIX (14); en segundo lugar, la íntima relación que esta figura tuvo hasta fechas muy recientes con la actividad ganadera. Por ambas razones existe entre los autores una clara y explicable tendencia a perpetuar esta vinculación. No hay, sin embargo, unanimidad a la hora de elaborar el concepto, polarizándose las opiniones en torno a dos posturas opuestas, que son precisamente las posiciones en torno a las cuales versa el litigio que da origen a este trabajo.

Así, de un lado, ARIN DORRONSORO mantiene la tesis—invocada por el Ayuntamiento demandante—de que la corraliza se circunscribe exclusivamente al aprovechamiento de los pastos y aguas (15). De otro lado, para LACARRA, corraliza es «un terreno, generalmente muy extenso, con pastos y corral, dedicado al sustento y cría de ganado» (16).

Como se ve, ambas posturas son diametralmente opuestas. Mientras para ARIN la figura es un aprovechamiento—o el derecho al mismo—(17), para LACARRA es un objeto de derechos dominicales o, más concretamente, una finca. El común denominador entre ambas posiciones lo constituye precisamente la vinculación a la actividad ganadera. ARIN identifica la figura con un aprovechamiento, el de las hierbas y aguas, típicamente ganadero. LACARRA, quizá con una mayor amplitud, pone el acento en el destino de la finca, lo que permite suponer, siguiendo el pensamiento de este autor, que la consideración de un terreno como corraliza depende del destino del mismo (el sustento y cría de ganado).

Ambos autores, no obstante, admiten excepciones a la regla gene-

(13) Vid. *supra*, apartado I.

(14) Así dice ARIN DORRONSORO (*Problemas agrarios* .. cit., pág. 8) que desde 1490 a 1800 corraliza era sinónimo de corral.

(15) *Problemas agrarios* .. cit., pág. 20. Esta misma opinión había sido mantenida por los letrados ORORBIA y MATA en 1890 en Dictamen requerido por el Ayuntamiento de Lerín.

(16) «Instituciones de Derecho civil navarro», en *Biblioteca de Derecho foral*, VI, Pamplona, 1965, pág. 279.

(17) Así ARIN (*Problemas agrarios* .. cit., pág. 20) distingue el aspecto objetivo y el subjetivo en la corraliza. El objetivo serían las hierbas y aguas, mientras que el subjetivo sería el derecho al disfrute de hierbas y aguas.

ral (18); no en vano Navarra es territorio de plena libertad negocial. Pero por eso mismo, y en principio, una y otra acepción son válidas y como tales las recoge IRIBARREN (19).

Sin duda, por esta razón es por lo que AIZPÚN concluye que no es posible dar un concepto unívoco de corraliza, sino que cada título dirá en qué consiste y qué derechos comprende (20); en definitiva, una cuestión interpretativa de las escrituras de enajenación.

Y esto precisamente, interpretar, es lo que han venido haciendo, por regla general, tanto la Audiencia Territorial de Pamplona como el Tribunal Supremo con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, o incluso después de ella, como en el caso objeto de este comentario.

LACARRA ha recogido la jurisprudencia sobre corralizas (21), por lo que creo innecesario reproducirla aquí, y menos aún con afán de novedad. Pero sí es interesante destacar alguna resolución que, incluso no versando directamente sobre nuestro tema, puede arrojar alguna luz sobre el mismo al recoger los términos literales de los títulos constitutivos de la corraliza en litigio.

Así, el segundo considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1888 (22) recogía la siguiente expresión del título:

«La finca (23) se vendía con sus derechos reales y personales, propietarios y posesorios útiles y demás, con sus entradas y salidas, usos y costumbres.»

Ni siquiera se duda en éste caso de que la expresión «corraliza» venía a designar una finca rústica. Distinto, pero también significativo, es el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1925 (24), pues en la misma se expresa que las corralizas de Torbil y Abadía se vendían «para el goce de sus hierbas y aguas y no más» (25).

(18) F. DE ARÍN, *Problemas agrarios* . cit., pág. 65. V. LACARRA, *Instituciones...*, cit., pág. 280.

(19) Define la corraliza en la voz correspondiente como «terreno, generalmente muy extenso, con pastos y corral, dedicado al sustento y cría de ganado. Derecho al disfrute de las hierbas y aguas de una corraliza con ganado». Vid. J. M. IRIBARREN, *Vocabulario navarro*, Pamplona, 1952.

(20) *Comunidades de bienes* . cit., pág. 87. Parece también adherirse a esta opinión F. SALINAS, *Derecho civil de Navarra*, II, Pamplona, 1972, págs. 536 y ss.

(21) *Instituciones* . cit., págs. 483 y ss.

(22) Ponente R. FERNÁNDEZ CUESTA. El corralicero recurrente pretendía tener servidumbre de pastos sobre tres fincas enclavadas dentro de la corraliza. El Tribunal Supremo rechazó el recurso. «Tal derecho—afirmó en el segundo considerando *in fine*—no se concede expresa y nominalmente en dicha escritura.»

(23) El subrayado es mío

(24) Ponente A. GULLÓN. El debate versaba sobre nulidad de la venta de las corralizas por no haber obtenido el Ayuntamiento vendedor el indispensable permiso de la Diputación navarra.

(25) El subrayado es mío.

Como se ve, y a pesar del empleo del término «corraliza», hubo buen cuidado de especificar que lo cedido era exclusivamente el disfrute de las hierbas y aguas.

Bien es verdad que en ambas sentencias se discutían cuestiones distintas a la que nos ocupa; pero no es menos cierto el interés que ofrecen las calificaciones y especificaciones vertidas, siquiera sea de modo incidental, en las mismas.

Hay, sin embargo, otras dos resoluciones que vale la pena analizar más despacio.

Los antecedentes de la primera, dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona el 8 de junio de 1915, fueron los siguientes: El 17 de abril de 1895, doña Benilda P., asistida de su esposo, don Antonio L. A., vendió a don Francisco G. la corraliza de Mendivil, que con anterioridad había pertenecido al Ayuntamiento de Olite. La corraliza se describía del siguiente modo en la escritura de venta:

«Una corraliza destinada para pastos de ganado lanar, suficiente a mantener unas cuatrocientas cincuenta cabezas, llamada de Mendivil, situada en el término llamado de Chiviri, lindante Norte a corraliza de Crispulo T.; Sur, a otra de don Francisco G.; Este, a corraliza del Ayuntamiento de esta ciudad (Olite), y Oeste, a terrenos comunales de la villa de Falces: *la extensión de la finca* (26) es sobre tres mil quinientas robadas, o sea, trescientas veinte hectáreas.»

Aunque no se hacía mención de ello en el título, dentro de la corraliza había hasta 36 parcelas que pertenecían a vecinos del pueblo de Olite. El adquirente, don Francisco G., inscribió la corraliza a su nombre en el Registro de la Propiedad.

En fecha muy posterior, el Ayuntamiento de Olite comenzó a roturar los terrenos yermos de la corraliza, y ante este hecho, don Francisco G. dedujo demanda contra el mismo ejercitando la acción reivindicatoria. El Ayuntamiento alegó que lo que había enajenado era sólo el derecho de hierbas y aguas y que, por tanto, la propiedad del suelo le pertenecía.

La semejanza de este caso con el que es objeto de este comentario es evidente, sin más diferencia que la situación procesal de las partes.

El 2 de julio de 1914, el Juzgado de Primera Instancia de Tafalla dictó sentencia estimando la demanda, en cuyo tercer considerando se decía:

«Los términos en que se halla redactado el título presentado por el actor como fundamento de su derecho dominical (...) no abonan la interpretación que pretende el demandado, alegando que sólo adquirió G. las hierbas y aguas de la mencionada corraliza por haberse reservado el Ayuntamiento al enajenarla a don Crispín M., en la escritura indicada de 1840, el derecho al cultivo de la tierra, pues tratándose de un derecho tan extraordinario, importante y valioso como el que se supone retenido.

(26) El subrayado es mío.

no es verosímil; antes bien, pugna con los dictados de un prudente raciocinio, conjeturar que nadie, y menos la Corporación municipal de una respetable ciudad, considere suficientemente garantidos, con el empleo de un vocablo oscuro y equívoco cual es el de corraliza, derechos al cultivo de tan vastos terrenos sin hacerlo constar clara y distintamente si hubiera sido su pensamiento reservárselos (..)» (27).

La Audiencia Territorial de Pamplona confirmó la sentencia de Primera Instancia por la suya de 8 de junio de 1915.

Es de mencionar también, por su interés, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1924. Los antecedentes fueron los siguientes: el 5 de marzo de 1850, el Ayuntamiento de Lerín vendió en pública subasta tres corralizas a don Mariano O. En el título de enajenación se manifestaba por el vendedor que,

«se desistían, desajenaban y apartaban de la tenencia, derecho, acción y propiedad que habían tenido, tenían y podían tener a las expresadas corralizas».

Añadía también:

«las corralizas se transmitieron con sus derechos y servidumbres reales y personales».

Concluía afirmando que la venta se había hecho para que el comprador y sus sucesores

«hicieran de ellas y en ellas, como suyas propias, lo que quisieren y por bien tuvieran, tomando de su autoridad o como le pareciere la actual, real, corporal, quieta y pacífica posesión».

Posteriormente, las corralizas pasaron a poder de don Dositeo O., descendiente de don Mariano. Planteado entonces el alcance de la enajenación de 1850, el Ayuntamiento de Lerín demandó al señor O., solicitando la declaración de dominio a su favor.

El Juzgado de Primera Instancia de Estella estimó la demanda. En apelación, la Audiencia Territorial de Pamplona revocó la sentencia del Juzgado por la suya de 14 de marzo de 1923, en la que se declaraba:

«CONSIDERANDO que la cuestión fundamental que se discute en este litigio y que ha de ser objeto de resolución es si al vender el Ayuntamiento de Lerín el 5 de marzo de 1850 a don Mariano O., de quien es causahabiente el demandado don Dositeo O., las corralizas tituladas «La Sarda», «Baigorriana» y «Muga de Falces», lo hizo también del terreno

(27) Y en su séptimo considerando afirma que el propio Ayuntamiento utiliza la expresión corraliza en sentido de finca en la certificación, aportada a Autos, en que se relacionan las 36 fincas enclavadas dentro de la corraliza. «Pues—dice la sentencia—es jurídicamente absurdo que de una servidumbre de pastos, como la traduce el Ayuntamiento, se desmembran las fincas vendidas (..).»

que les da nombre, y si solamente enajenó los pastos de ellas para que los gozase con el ganado que tuviese por conveniente y con sujeción a las Ordenanzas rurales.

CONSIDERANDO que aunque especialmente en los años en que fueron vendidas las corralizas de que se trata y otras muchas por los Ayuntamientos de Navarra, su casi exclusivo rendimiento eran los pastos, por cuya razón es indudable que desde remotos tiempos se les dio tal denominación, también es cierto que en la expresión de «Corraliza» no puede separarse la idea del terreno o del término en que está enclavada, que siempre la da su nombre como puede verse en las 15 corralizas incluidas por el Ayuntamiento demandante en su relación de 19 de noviembre de 1861, pedida por este Tribunal para mejor proveer y en cuyo terreno es en el que naturalmente radican los pastos, siendo éste el criterio sostenido por don Victoriano Lacarra en su obra *Instituciones de Derecho civil navarro*, citada por el Juzgado en la sentencia apelada, al decir que «se designa con el nombre de corraliza un terreno generalmente muy extenso con pastos y corral dedicados al sustento y cría de ganados», por lo que no es posible afirmar con fundamento, en términos generales, que cuando se otorga un contrato sobre corralizas sólo debe entenderse incluido en él un derecho de aprovechamiento de pastos con las servidumbres anejas, pues es notorio que en las escrituras otorgadas en esta provincia se adoptaban distintas modalidades, como afirma, con indudable acierto, el citado tratadista cuando dice que «en cuanto al terreno erial se han hecho en Navarra ventas de corralizas en las que aquél pasaba a ser propiedad particular», otras en que la propiedad se encuentra dividida entre los Ayuntamientos y los compradores, y algunas en que los pueblos han conservado la propiedad de los terrenos, lo cual, en último término, es lo mismo que reconoce el Juzgado en el noveno Considerando de la sentencia apelada cuando admite, aunque sea en hipótesis, algún caso singular en que al venderse la corraliza se hubiese vendido con ella la propiedad del suelo.

CONSIDERANDO que siendo en su origen tales fincas bienes de propiedad comunal de los pueblos con terreno erial en gran parte y en parte cultivable, y habiendo consentido en este último los respectivos Ayuntamientos roturaciones que con el transcurso del tiempo dieron lugar a otras fincas de propiedad particular, es indudable que permaneciendo el dominio del terreno erial en las Corporaciones municipales, no puede desconocerse a las mismas el derecho de enajenarle a terceras personas con facultad, regulada por las ordenanzas, no sólo para el disfrute de los pastos de dichos terrenos eriales, sino también en las fincas particulares enclavadas en las corralizas, una vez levantadas las cosechas, especialidad ésta que unida a la circunstancia ya indicada de que el único rendimiento eran las yerbas y a la indeterminación padecida en muchas escrituras sobre los derechos enajenados y los que se reservaban los Ayuntamientos, han hecho surgir dudas acerca de esos contratos.

CONSIDERANDO que partiendo del supuesto indiscutible, a juicio del Tribunal, de que los Ayuntamientos podían vender no sólo los pastos de sus corralizas, sino también el suelo, y que de hecho se han otorgado contratos en que así se efectuó, queda reducida la cuestión a resolver si en este caso concreto, y teniendo en cuenta los antecedentes de la enajenación, las estipulaciones y pactos de la escritura de 1850 y los actos posteriores de las contratantes y de los causahabientes de éstos, se convino claramente el objeto del contrato y cual fuese el mismo, prescindiendo de opiniones, más o menos fundadas, que se hayan emitido para casos distintos del que ha sido motivo a este litigio.

CONSIDERANDO que como antecedente para venir en conocimiento de lo que fue vendido por el Ayuntamiento de Lerín, no puede prescindirse: Primero, de que éste, según manifestó en 24 de junio de 1849,

había recibido orden de la Diputación para que designase las fincas que debían enajenarse, y que, como consecuencia de tal Decreto, había señalado la venta, no de las yerbas y aguas, sino de las corralizas, siendo de notar que la denominación vulgar de fincas, y cualquiera que sea su concepto jurídico, sobre todo para los efectos hipotecarios, no hace referencia nunca a los derechos sobre ellas, sino a los bienes inmuebles; y que las corralizas eran reputadas como fincas rústicas por el propio Ayuntamiento de Lerín el año 1861, o como bienes pertenecientes al común de vecinos, igual que los montes, las dehesas y los prados, que también incluyó bajo la misma denominación, según puede verse en las relaciones elevadas a la Diputación Provincial antes mencionadas, por lo que no tiene hoy derecho a sostener válidamente que corraliza es sinónimo y nada más de aprovechamiento de yerbas y aguas; y segundo, que las corralizas como fincas fueron también objeto de tasación sin que al hecho de que esta operación fuese efectuada por dos pastores que se limitaron a fijar el valor de los pastos, puede dársele la importancia decisiva que le dan la demanda del Ayuntamiento de Lerín y la sentencia apelada, pues sabido es que las fincas se tasan por sus productos y que éstos no eran más que las yerbas para el ganado, especialmente mientras subsistiese el derecho del Ayuntamiento de llevar a las corralizas un día al mes las ganaderías concejiles.

CONSIDERANDO que llegando ya al contenido de la escritura de enajenación es forzoso atenerse a su letra si no está contradicha con la intención de los otorgantes y aparte de que, según los antecedentes, lo que se pensaba vender eran fincas, resulta que al hacerlo de las tres corralizas manifestó la Corporación municipal que «se desistían, desajenaban y apartaban de la tenencia, derecho y acción y propiedad que habían tenido, tenían y podían tener a las expresadas tres corralizas», fórmula sólo adecuada para la venta de bienes determinados y no para la simple constitución de un derecho de aprovechamiento de pastos, sobre todo teniendo en cuenta que las corralizas se transmitieron con «sus derechos y servidumbres reales y personales», pues éstas van adheridas a las fincas, y que la venta se hizo para que el comprador y sus sucesores «hiciesen de ellas y en ellas, como suyas propias, lo que quisieren y por bien tuvieren tomando de su autoridad o como le pareciere la actual, real, corporal, quieta y pacífica posesión».

CONSIDERANDO que si la suma de derechos con que se transmitieron las corralizas demuestra que la propiedad íntegra pasaba al comprador, también se llega a la misma conclusión al ver que las únicas facultades que se reservó el Ayuntamiento fueron las de que las ganaderías concejiles pudiesen disfrutar un día al mes de los pastos, según el artículo 25 de las Ordenanzas, y la reconocida a los vecinos para que entrasen en las corralizas a cortar leña, aunque sólo de la clase de aliagas, ya que el disfrute sobre el ramaje de los pinos de la «Muga de Falces» fue objeto de una transacción posterior, otorgada por las partes, en 1858, en la que empezaron éstas por hacer constar que, según la escritura de venta, podía O. hacer leña de la clase de pinos, pero no de los vecinos, todo lo cual evidencia que las facultades que se reservó el Ayuntamiento no envolvían las prerrogativas del derecho de propiedad sobre las fincas.

CONSIDERANDO que la cláusula de la escritura de venta en que se determina que el comprador había de gozar las corralizas con el ganado que tuviese por conveniente, y con arreglo a las Ordenanzas no demuestra que sólo se enajenaban las yerbas, ya que no tiene otra finalidad que la de hacer constar la obligación impuesta a O. para que en el disfrute de los pastos, especialmente con relación a las propiedades particulares, se sujetase a tales Ordenanzas, pero en cambio patentiza el libérrimo derecho del comprador en tal disfrute «con el ganado que tuviese por conveniente», sin fijarle número determinado de cabezas.

CONSIDERANDO que aunque sea cierto que en algunas escrituras de esta clase sólo se ha enajenado el disfrute de las yerbas y que así lo declaró este Tribunal en su Sentencia de 6 de abril de 1891, citada por el Juzgado en la suya de primera instancia, también lo es que en el contrato que dio lugar a aquella solución, como en otros muchos otorgados por el Ayuntamiento de Tafalla, se concretó el objeto de la estipulación a «las yerbas y aguas», y que en la fórmula de enajenación—muy distinta de la adoptada en el presente caso—se dijo que el Ayuntamiento se desistía y apartaba del derecho que había tenido a «las yerbas y aguas de la corraliza», de forma que no había duda acerca de dicho objeto como no la hay en cuanto a los arrendamientos a que se refieren la mayor parte de los documentos pedidos por el Juzgado para mejor proveer, pues en ellos sólo se cede el disfrute de los pastos, lo cual no autoriza para sostener que cuando se enajena la corraliza sin más distingos, como cuando se transmite una viña, deben reputarse enajenados o transmitidos tan sólo los pastos o las vides y no el terreno, especialmente después de dictada la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1915, en la que se discutió idéntica cuestión con motivo de la venta hecha por el Ayuntamiento de Beire de dos corralizas «para el goce de sus yerbas y aguas y no más», y a pesar de que el Ayuntamiento recurrente en el segundo motivo que alegó para pedir la casación de la sentencia de esta Sala sostuvo que el objeto de la venta no había sido otra cosa que las yerbas y las aguas, declaró aquel alto Tribunal, sin tener en cuenta otras estipulaciones que las contenidas en las escrituras de venta, que no ofrecía duda que esta Sala, conforme con el Juzgado de Tafalla, lejos de incurrir en error, interpretó acertadamente el espíritu y propósitos en que se informaban, y se atuvo también a la letra misma de algunas de las cláusulas de las escrituras, con lo que quedó resuelto que vendidas corralizas y no sólo pastos, debe entenderse vendido el terreno.

CONSIDERANDO que examinados los actos del Ayuntamiento de Lerín y del comprador O. y sus herederos, con posterioridad al año 1850, todavía se patentiza más que se vendieron las corralizas como fincas, pues en la operación de amojonamiento se trató del terreno que correspondía a cada una, y para evitar toda desavenencia echaron también mojones «por el terreno que se le vendió a don Mariano O.», donde el soto o prado de los Pintados, sin que la circunstancia de que en la escritura de transacción de 1858 se conviniera en que parte de determinado terreno quedase para el Ayuntamiento en propiedad y dominio, y parte para don Mariano O. y sucesores en igual forma y con los mismos derechos que adquirió las corralizas al tiempo de su venta, signifique que ese terreno no pasase a ser también propiedad de O., sino que lo adquiriría con las propias restricciones que las corralizas, es decir, teniendo que respetar la entrada de las ganaderías concejiles para hacer leña de aliagas, restricciones que explican la intervención de la Corporación municipal en muchos de los actos ejecutados por los poseedores de las fincas.

CONSIDERANDO que con ser importantes los anteriores actos de las partes posteriores a la escritura de venta para la interpretación de ésta, todavía tiene más importancia la actuación del Ayuntamiento de Lerín, con motivo de las Leyes desamortizadoras, no muchos años después del contrato de 1850, pues como consta en las distintas relaciones de bienes y fincas que poseía en el año 1861, incluyó, además de algunos sotos, prados, montes y dehesas, hasta quince corralizas, sin mencionar para nada las de «La Sarda», «Baigorriana» y «Muga de Falces», como lo hubiera hecho indudablemente si por haber cedido nada más que el aprovechamiento de los pastos hubiera seguido siendo propietario del terreno; y más calificados, si cabe, son los actos reconociendo el dominio o por lo menos la posesión de la integridad de las fincas en don

Dositeo O. con ocasión de la información posesoria practicada con dicho demandado en febrero de 1909 ante el Juzgado Municipal de Lerín para obtener en el Registro de la Propiedad la inscripción de posesión de las tres fincas compradas por don Mariano O., o sea, las corralizas de que se trata, pues no sólo certificaron el Alcalde, el Regidor Síndico y el Secretario que el reclamante venía pagando la contribución a título de dueño de ellas y no como mero usuario de los pastos, teniendo en las mismas la Corporación el disfrute y los derechos que se reservó al venderlas, sino que por haber pedido O., diciendo que no era necesario, pero sí conveniente, que se diese audiencia a dicho Regidor Síndico, acordó el Juzgado Municipal comunicar el expediente a la persona de «quien procedían los inmuebles», y el repetido Regidor, autorizado al efecto y en representación de dicha Corporación, expuso que era cierto lo manifestado por O., es decir, que venía poseyendo las tres fincas a título de dueño desde que las adquirió por herencia de su madre en 1906, y que en nada se oponía a la pretensión del recurrente que consideraba equitativa y justa el Ayuntamiento a quien representaba, manifestaciones de innegable trascendencia y que por tener significación y eficacia jurídicas contrarias a la tesis sostenida en su actual demanda están revestidas de valor suficiente para enervar ésta por el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos sancionado por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CONSIDERANDO que no son obstáculo para llegar a la conclusión consignada los razonamientos expuestos por el Juzgado en los considerandos 20 y 21 de su sentencia con relación a la inscripción posesoria de las corralizas. Primero, porque es indudable que las manifestaciones hechas bien por el propietario del inmueble o por los demás partícipes en el dominio cuando se trataba de inscribir la posesión de un derecho real, bien por la persona de quien procedía el inmueble cuando por ser reciente la adquisición no hubiera satisfecho el poseedor ningún trimestre de contribución, o bien por quien tuviese algún asiento de dominio a su favor que fuese contradictorio del de posesión solicitado, según los casos comprendidos en los artículos 397, 398, regla 4.ª, y 402 de la Ley Hipotecaria de 1869—vigente al incoar O. su expediente—, cuando tales manifestaciones de los interesados eran que nada tenían que oponer a la inscripción solicitada o que estaban conformes con la misma en vez de promover la demanda a que se refería la regla 6.ª de dicho artículo 398, necesaria según Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1883, tenían por fuerza que ser bastante para que les perjudicase la inscripción, como todo allanamiento judicial perjudica a la parte que lo realiza, y más tratándose de una actuación judicial que requería sólo la citación para que surtiese efectos, aunque no compareciesen los interesados en el expediente, después de lo cual debía practicarse la inscripción posesoria conforme tenía declarado la Dirección General de los Registros en Resoluciones de 16 de octubre de 1886 y 9 de enero de 1884. Segundo, porque no es exacto que don Dositeo O. tuviese título de dominio estricto, pues éste en todo caso lo logró a su favor el anterior del demandado, o sea, don Mariano O., y no podía inscribirle don Dositeo, aparte de que según el artículo 326 del Reglamento Hipotecario de 1870 se entendía que carecía de título escrito para el efecto de inscribir su posesión con arreglo a los artículos 397 y siguientes de la Ley, no sólo el que podía reclamar inmediatamente su inscripción por haberlo de traer de punto distante del lugar en que debía hacerla o por cualquier otra causa que le obligaba a dilatar su presentación, por lo que los herederos podían inscribir la posesión de los bienes que habían heredado cuando no se hallaba terminada la testamentaria, según tenía resuelto la Dirección de los Registros entre otras Resoluciones en las de 6 de junio de 1896 y 21 de marzo de 1899, aplicables al caso del deman-

dado O. Y tercero, porque requerido el Tribunal para que declarase la nulidad de las inscripciones posesorias de las corralizas «en cuanto por su generalidad de concepto no especifican los derechos de la familia O.», sería congruente examinar y resolver otros motivos de impugnación de tal asiento o del expediente posesorio que le precedió.

CONSIDERANDO que si los términos de la escritura de venta de 1850, ratificados por los actos anteriores y posteriores de los contratantes y de sus causahabientes, demuestran que fueron enajenadas las corralizas en su integridad, aunque con las restricciones que quedan indicadas, resultan improcedentes la primera, tercera, cuarta y quinta de las pretensiones contenidas en la demanda del Ayuntamiento de Lerín, basadas en el supuesto de que sólo fueron vendidos los pastos, debiendo en cambio ser estimada la segunda en cuanto está conforme con las estipulaciones de la escritura de transacción otorgado en 12 de abril de 1858 entre el Ayuntamiento y don Mariano O., sin que haya necesidad de examinar la excepción de prescripción alegada por el demandado.»

Contra esta resolución, el Ayuntamiento de Lerín interpuso recurso de casación, rechazado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de junio de 1924 (28), de la que interesa destacar su primer considerando:

CONSIDERANDO que reducida la cuestión planteada en el pleito a que se refiere el presente recurso a determinar si en la venta realizada por el Ayuntamiento de Lerín en el año 1850 de tres corralizas denominadas «Muga de Falces, «Baigorriana» y «La Sarda» a favor de don Mariano O., causante del demandado, se comprendieron únicamente los pastos del terreno, o si, por el contrario, se transmitió el pleno dominio, es visto que se trata únicamente de la interpretación e inteligencia de un contrato, y para fijarla y resolver sobre la efectividad o ineficacia de las obligaciones en el mismo consignadas, precisa examinar los actos anteriores, simultáneos y posteriores a la celebración del mismo. facultad atribuida por la ley y la jurisprudencia a los Tribunales de instancia, sin que pueda alegarse en casación contra la inteligencia o interpretación que tales Tribunales establezcan en sus fallos cuando no se justifique de modo claro y preciso que han incurrido en evidente error.

Hay, además, otros dos casos muy recientes, posteriores a la recopilación de LACARRA y coetáneos al que nos ocupa, que ponen de manifiesto la vigencia del tema en la actualidad, a la par que iluminan los diferentes puntos de vista que entran en conflicto.

En el primero de ellos, resuelto por la Audiencia Territorial de Pamplona en su Sentencia de 28 de octubre de 1974, tras la descripción de la corraliza litigiosa, el título constitutivo concluía diciendo:

«La corraliza en este caso consiste en la propiedad o derecho de disfrute de las hierbas ().»

Vemos cómo se explicita, una vez más, cuál es el objeto del derecho de los corraliceros mencionando expresamente que sólo se trata de la propiedad de las hierbas. En el caso de autos, los corraliceros demandantes

solicitaban la declaración de que las fincas del demandado, don Miguel B., situadas en la corraliza, no pudieran dedicarse al cultivo del espárrago por ser éste incompatible con el disfrute de su derecho.

El Juzgado de Primera Instancia de Tafalla desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado en el extremo que nos interesa, declarando lo siguiente:

CONSIDERANDO que en la corraliza, institución de Derecho foral navarro, coexisten dos propiedades que sólo difieren por su respectivo objeto, constituido el uno por el suelo y el otro, normalmente, por los pastos y hierbas, cuyas modalidades dominicales son independientes la una de la otra, cada una de las cuales, limitada a su objeto propio, posee las facultades inherentes al derecho de propiedad, si bien las que hacen referencia a la intensidad del disfrute se encuentran comprimidas por la existencia de ese otro derecho de propiedad que recae sobre un objeto desmembrado del antiguo derecho dominical total, lo que impone a los diferentes propietarios una especial conducta a fin de que el otro propietario alcance la utilidad que le corresponde, y esta situación en la que se encuentran los titulares del suelo y de los aprovechamientos especiales aparece encuadrada en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, dentro del Título II dedicado a las «Comunidades de bienes y derechos», en cuyo capítulo IV se regula la institución contemplada, al que pertenece la Ley 379 que se refiere en primer lugar a la corraliza, en la que el corralicero, sin ser dueño del suelo, hace recaer su aprovechamiento parcial sobre la finca que tiene un solo propietario, y en segundo término alude como otro supuesto más complejo, que es el típico del Derecho navarro, al caso de que existan uno o más aprovechamientos sobre un conjunto de fincas, creándose entonces entre los titulares de los diversos aprovechamientos entre sí y con los propietarios del suelo una «comunidad indivisible», no una servidumbre, pues a ésta le dedica la Compilación otro título diferente (el III del Libro III), lo que se armoniza con el precepto que ordena que las normas de la comunidad proindivisa regirán supletoriamente para las comunidades especiales y para las corralizas (Ley 371-2), y estas corralizas se gobernarán por el título y los usos y, en su defecto, por la costumbre local o general, y de no resultar de ellos otra cosa, cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente a los demás titulares (Ley 380), o sea, que son titularidades con contenido propio, no derivadas de la simple obligación de tolerar, de la mera paciencia para con el uso ajeno que caracteriza, en cambio, y en definitiva, a la servidumbre, plenitud de derechos dominicales que pueden coexistir evitando todo ataque que lesione el objeto o merme el contenido del otro partícipe, para lo que bueno sería empezar a desterrar la idea de supremacía, tan arraigada en ciertos labradores y ganaderos y que les lleva a contiendas de diversa índole.

El segundo supuesto, resuelto por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 2 de febrero de 1977, aunque sólo roza de modo marginal la cuestión de la naturaleza de las corralizas, es interesante por la descripción que el título constitutivo hace de la litigiosa.

El título, de 23 de diciembre de 1845, es del siguiente tenor en la parte que nos interesa:

«Compra el *goce de pastos* de todas las tierras en el campo regadío que tienen esta *servidumbre* hoy día de la fecha 7 de septiembre pasado y que comúnmente se llama corraliza del campo, la que se dividirá de los dos terrenos que no han tenido esta *servidumbre* por medio de mugas (...)» (29).

En este caso se llama corraliza a lo que inequívocamente es una *servidumbre de pastos*, o gravamen real si empleamos la terminología de la *Compilación navarra*.

La selección jurisprudencial realizada permite destacar un hecho evidente. Mientras la Audiencia Territorial de Pamplona ha realizado concienzudos estudios en la búsqueda de la verdadera naturaleza de las corralizas, el Tribunal Supremo ha minimizado la cuestión reduciéndola sistemáticamente a la interpretación de un contrato. Ello le ha permitido respetar como inatacable el criterio interpretativo, al que, finalmente, acude la Sala de Instancia. Pero de este modo no profundiza sobre el verdadero problema, que, a mi entender, subyace a tanta controversia. Lo cual, además, parece indicar que el Tribunal Supremo se adhiere a las más recientes opiniones doctrinales: aquellas que defienden que el contenido de las corralizas—o, por mejor decir, de cada corraliza en concreto—vendrá dado por la exégesis de su respectivo título de constitución.

Quizá la posición expuesta, tanto de la doctrina como del Tribunal Supremo, resulte demasiado aséptica, en el sentido de no tomar posición *a priori* por ningún tipo de contenido.

Ello es cierto y tal vez esta neutralidad haga difícil el engarce del sistema anterior con el actual, que aunque igual en apariencia, encierra diferencias. Para apreciarlas es conveniente detenerse en el estudio de los diversos proyectos que, con carácter privado, precedieron y basaron la definitiva redacción del *Fuero Nuevo*.

3. *Antecedentes inmediatos a la Compilación de Derecho civil de Navarra*

Dos son los precedentes que de un modo más directo, a manera de peldaños previos, sirvieron de fundamento a la definitiva redacción del *Fuero Nuevo de Navarra*.

El primero de ellos se publicó en 1959, con el nombre de *Proyecto de Fuero Recopilado*. En su elaboración intervinieron los Consejeros ponentes del Consejo de Estudios de Derecho Navarro y los Vocales de la Comisión Compiladora de Derecho Civil de Navarra (30). Sobre la base de

(29) El subrayado es mío.

(30) Sus nombres fueron los siguientes: J. ABADÍA, R. AIZPÚN TUERO, L. ARELLANO, J. M. ARRIAGA, E. FERNÁNDEZ ASIAIN, M. GALÁN, J. GARCÍA GRANERO, J. L. IRIBARREN, J. J. LÓPEZ JACOISTE, P. MAIZA, J. J. MONTORO SAGASTI, J. PUEYO, F. SALINAS y J. SANTAMARÍA, bajo la presidencia de F. ZALBA, Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona.

este Proyecto, y sin solución de continuidad, trabajó luego un grupo de juristas, que publicó en 1971 y con carácter particular una recopilación privada del Derecho foral navarro. Y, a su vez, esta recopilación privada, elevada a anteproyecto oficial con fecha 30 de junio de 1971 (31), constituyó con muy pocos retoques el texto definitivo, aprobado por Ley de Jefatura del Estado de 1 de marzo de 1973.

El Proyecto de Fuero Recopilado dedica a las corralizas el título II del libro III, que se titula «De los derechos reales», Leyes 50 a 53. La recopilación privada, más extensa y más completa, les dedica el capítulo IV (titulado «De las comunidades especiales de derechos de distinta naturaleza»), del título II («De las comunidades de bienes»), del libro III («De los bienes»), Leyes 382 a 386.

Veamos una y otra regulación y las diferencias que entre ellas existen.

La Ley 50 del Proyecto de Fuero Recopilado, bajo el ladillo «Concepto de corraliza», es del siguiente tenor:

«Salvo los casos en que la denominación de «corraliza» aparezca empleada exclusivamente para designar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas o una mera servidumbre, se entiende por corraliza la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución a uno o varios de los aprovechamientos especiales de pastos, aguas o demás propios para el apacentamiento de ganados, y a otro u otros de los aprovechamientos restantes.»

La redacción de la Ley 382 de la recopilación privada, aunque básicamente es idéntica a la del Proyecto, ofrece alguna particularidad:

«Salvo los casos en que la denominación de «corraliza» aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas o un derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena, se entiende por corraliza la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leña u otros similares. Estos derechos especiales son transmisibles *inter vivos* o *mortis causa*.»

Dejemos aparte el inciso final sobre la transmisibilidad de los derechos, irrelevante para ese trabajo, y fijémonos en las diferencias básicas que separan al Proyecto de Fuero Recopilado de la recopilación privada:

- 1.^a Se sustituye la expresión del Proyecto «mera servidumbre» por la de «derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena».
- 2.^a Se amplía en la recopilación privada la relación de aprovecha-

(31) Sus autores fueron J. GARCÍA-GRANERO, J. AIZPÚN, J. J. LÓPEZ JACOISTE, J. SANTAMARÍA, J. J. NAGORE, A. D'ORS, J. ARREGUI y F. SALINAS. Se publicó en 1971 como volumen XV de la Biblioteca de Derecho foral, editada por la Excelentísima Diputación Foral de Navarra.

mientos especiales, añadiendo los de hierbas, leñas, siembras, a los de pastos y aguas que figuraban en el Proyecto. Se abandona así el norte o guía que, en sede de corralizas, representaba la actividad ganadera en el Derecho entonces vigente.

En consecuencia, la frase «o demás (aprovechamientos) propios para el apacentamiento de ganados», que figuraba en el Proyecto, queda sustituida por la de «u otros similares» en la recopilación privada.

La segunda de las diferencias señaladas es significativa, porque supone un notable cambio en el rumbo seguido por la regulación de las corralizas.

Sin embargo, y por lo que respecta al contenido propio de la figura, ambos proyectos son sustancialmente idénticos, trazando un panorama que podría resumirse del siguiente modo: la corraliza ofrece un tríptico de posibilidades para llenar su contenido: o designa una finca o coto de fincas, o una servidumbre, o *es* una comunidad indivisible de aprovechamientos.

Pero este abanico de posibles contenidos no está situado al mismo nivel. Hay un contenido normal o típico de la figura que se ofrece *prima facie*, en un plano preferente; los otros dos figuran como en reserva, a retaguardia del primero.

Este contenido normal es el de comunidad indivisible de aprovechamientos. Nótese, además, la expresión, común a ambas leyes: «(...) se entiende por corraliza (...)».

Las corralizas fincas o servidumbres aparecen, pues, con cierto carácter excepcional o, al menos, anómalo. Recuérdense las expresiones de los proyectos: «salvo los casos (...)»; «exclusivamente (...)». Aún se refuerza más este criterio si se observa el empleo de la expresión «denominación». Con ello parece decirse que propiamente corraliza sólo es la comunidad de aprovechamientos, única que en realidad es definida por los proyectos, y parece también establecerse una presunción que llevaría a considerar comunidad de aprovechamientos a toda corraliza que no resultase claramente una finca o una servidumbre.

Esta concepción, deducida del tenor de los proyectos, coincide sustancialmente con la mantenida por el Ayuntamiento demandante en el litigio que estoy comentando. Y coincide también con la tesis que ARIN propugnó bastante tiempo antes. ARIN reconocía que había que diferenciar hasta tres tipos de corralizas en razón de su contenido: aquellas en que se enajenó el pleno dominio del suelo; aquellas en que sólo se transmitió el goce de hierbas y aguas, y aquellas en que al transmitirse el pleno dominio del terreno comunal, se transmitió también el derecho de pastos sobre las fincas enclavadas dentro de sus linderos (32).

(32) *Estudios agrarios ...*, cit., pág. 155.

Aun con esta precisión, hay que decidir todavía en cuál de los tres tipos ha de encasillarse cada supuesto concreto. Y para ello hay que recurrir a la interpretación.

Los proyectos nos orientan al respecto. Así, la Ley 50 del Proyecto de Fuero Recopilado dispone que

«la corraliza se regirá por el título y el uso mantenido y, en su defecto, por la costumbre local o general».

Por su parte, en la Ley 383 de la recopilación privada se señala que

«la corraliza se regirá por el título y el uso y, en su defecto, por la costumbre local o general» (33).

El título es, pues, el primer principio interpretativo al que hay que acudir. Pero junto a él aparece el uso, esto es, el ejercicio que de sus facultades haya hecho el corralicero. «Uso mantenido», dice el Proyecto de Fuero Recopilado; «uso» nada más, la recopilación privada, pero el sentido es inequívoco. Y será útil recordar esta referencia al uso al estudiar la ley correspondiente del vigente Fuero Nuevo.

4. *La enmienda de SANCHO REBULLIDA*

Elevada ya la recopilación privada a anteproyecto oficial, SANCHO REBULLIDA presentó una enmienda sobre las corralizas en octubre de 1971. La tesis general de este autor consistía en establecer para las corralizas una presunción *iuris tantum* de contenido equivalente a las servidumbres de pastos.

Consecuentemente, proponía la siguiente redacción para la Ley 382 del anteproyecto:

«Salvo los casos en que la denominación de corraliza aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas, o una concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución de los distintos aprovechamientos, se entiende por corraliza la servidumbre de pastos y aguas naturales sobre finca ajena. Este derecho es transmisible *inter vivos y mortis causa*.»

El régimen de la corraliza sería el de las servidumbres a falta de título, uso o costumbre local, según la enmienda a la Ley 382.

El propósito de SANCHO REBULLIDA era claro, a mi modo de ver. Pro-

(33) El resto de ambas leyes, idéntico, es del siguiente tenor: «De no resultar de ellos (título y uso) otra cosa, cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento con toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente a los demás titulares».

curaba respetar en la medida de lo posible el espíritu del anteproyecto, pero desplazando ese contenido preferente a que antes me he referido, porque la presunción se establece, según la enmienda, en favor de la corraliza servidumbre de pastos.

La razón del desplazamiento, en mi opinión, es la siguiente: admitida la necesidad de dotar a la figura de un contenido típico —en defecto de la prueba de los otros dos—, y dado que uno de ellos es similar a la servidumbre, se canaliza hacia ésta la regulación por ser figura más perfilada y menos problemática que la comunidad indivisible.

De haberse seguido este criterio, posiblemente la problematicidad de la figura hubiera disminuido en algunos enteros; pero sólo se siguió en parte, como en seguida veremos.

5. *La Compilación de Derecho civil de Navarra*

En la Compilación, las corralizas se regulan en el capítulo IV («De las corralizas»), título II («De las comunidades de bienes y derechos») del libro III («De los bienes»), Leyes 379 a 383.

Estas leyes se corresponden con las 382 a 386 de la recopilación privada, pero hay que señalar las diferencias y retoques a los que he hecho mención.

Por lo que respecta al concepto de corraliza, en la Ley 379 se dice:

«Salvo los casos en que la denominación de “corraliza” aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas, se entiende por “corraliza” bien un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, bien la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución a uno o varios de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares.

En las corralizas constituidas sobre fincas de origen comunal se presume, a no ser que resulte lo contrario, que la propiedad del suelo corresponde al municipio.»

Y respecto al régimen, la Ley 380 señala:

«La “corraliza” se regirá por el título y los usos y, en su defecto, por la costumbre local o general.»

Si se compara la regulación vigente con la ya estudiada de la recopilación privada, se observan las siguientes diferencias:

1.^a Siguiendo, en parte, la enmienda formulada por SANCHO REBULLIDA, hay una transposición o mutación en relación con el contenido. Efectivamente, una de las dos posibilidades que configuraban el contenido

anómalo de la corraliza—la corraliza servidumbre—da, por decirlo así, un paso al frente y se coloca en primer plano. En la 'Compilación ya sólo queda un caso de corraliza impropia: la designación de la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas.

Las otras dos opciones constituyen ahora una perfecta disyuntiva en absoluta igualdad de planos; el empleo de la disyunción «bien», «bien», así lo indica. Y esto, a su vez, supone que se desdibuja el contenido que tradicionalmente se había considerado como más propio de la corraliza: el de comunidad indivisible, a la vez que multiplica los problemas de caracterización de la institución, pues la presunción de contenido ya no se establece a favor de una sola de las posibilidades, cualquiera que sea ésta, sino de dos.

2.^a La Compilación añade un segundo párrafo a la Ley 379. En él se establece una presunción *iuris tantum* en favor de la propiedad primitiva de los Ayuntamientos para aquellas corralizas que sean de origen comunal.

Esto, el origen comunal, constituye el supuesto más frecuente, aunque no el único. Efectivamente, y como hemos visto, el origen de la figura, incluso su propia denominación, es comunal. Sin embargo, se advierte al paso del tiempo un proceso de incardinación de la figura en el seno del Derecho privado, que culmina precisamente en el Fuero Nuevo de Navarra. Quiero con ello decir que en la actualidad nada impediría la constitución de una corraliza a partir de una finca de propiedad privada de un particular.

Volviendo al párrafo segundo de la Ley 379, es claro que el litigio que nos ocupa se halla plenamente subsumido en él. Y en virtud de la presunción que contiene, la carga de la prueba se traslada a la otra parte, sea cual sea su posición en el proceso.

Se quiere con ello seguramente suplir de alguna manera los errores u omisiones que los municipios pudieron cometer en épocas pasadas, facilitando la conservación de las corralizas en el seno de los bienes municipales de propios. Como materia de prueba que es, se trata de una cuestión de hecho que el Tribunal de Casación debe respetar. Así lo hizo en nuestro caso, desestimando con ello dos de los cuatro motivos del recurso (34).

3.^a Por lo que respecta al régimen de las corralizas, la Ley 380 contiene una expresión que puede resultar equívoca. Me refiero al término «usos», empleado en plural, que quizá plantee el problema de si se entiende conectado a los precedentes legislativos o constituye más bien una redundancia con referencia a la costumbre local o general.

(34) Motivos tercero y cuarto, formulados al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La duda se plantea desde que la nueva redacción del Título Preliminar del Código Civil ha equiparado con la costumbre a aquellos usos que no tengan el carácter de meramente interpretativos (35). Creo, sin embargo, que el problema se resuelve con facilidad pasando revista a los proyectos legislativos.

En el Proyecto de Fuero Recopilado, la corraliza se regía por el «*título y el uso mantenido*». La recopilación privada suprime la palabra «mantenido», pero con ello no altera el claro espíritu de la norma. La Compilación utiliza el término en plural, pero, en mi opinión, su sentido viene a ser el mismo. Se refiere claramente al destino objetivo de la corraliza o, dicho de otro modo, al ejercicio que el titular de la misma haya realizado de las facultades que integran su derecho. La palabra «usos», en definitiva, está empleada en un sentido vulgar y no técnico; designa a qué se ha dedicado, de hecho, la corraliza a lo largo de su historia jurídica.

El régimen de una corraliza se fija, pues, a través de una serie de reglas que se desplazan de lo particular a lo general: título, uso (con las variaciones e innovaciones que los distintos titulares hayan podido introducir a lo largo del tiempo), costumbre local y costumbre general (36).

Con este criterio, el hecho de que la corraliza del Espartal hubiese estado exclusivamente dedicada a pastos desde 1827 hasta 1970 hubiera podido constituir, al menos, un principio de prueba sobre su verdadera naturaleza y contenido. Por ello llama la atención la escasa importancia atribuida al dato por las sentencias de instancia, únicas que hubieran podido apreciarlo porque también se trata de una cuestión de hecho.

Para concluir el estudio de la vigente regulación de las corralizas, pienso que son dignas de mención las Leyes 382 y 383 de la Compilación. La primera establece con un carácter muy amplio la posibilidad de redención de la corraliza. La segunda consagra un derecho de retracto en favor de los restantes partícipes cuando uno de ellos enajene su derecho (37).

(35) Artículo 1, número 3, párrafo 2.º: «Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

(36) Se mantiene la referencia a la costumbre, contra la opinión de SANCHEZ REBULLIDA formulada en la enmienda citada, quien entiende con acierto que la costumbre general es perniciosa en este tema, dada la gran diversidad de corralizas existentes en Navarra.

(37) Ley 382: «Las corralizas serán redimibles: 1) Por voluntad unánime de los partícipes; 2) Cuando graven fincas comunales, a instancia del Municipio; 3) En las demás fincas, cuando el Juez estime en juicio contencioso que la subsistencia de estos derechos dificulta notablemente el cultivo o la explotación racional de las fincas según su naturaleza; 4) Y, en todo caso, cuando los corraliceros se opongan a las modificaciones que se introduzcan en las fincas para su mejora y que total o parcialmente resulten incompatibles con el aprovechamiento del derecho de corraliza (...).».

Según las notas a las Leyes 382 a 385 de la Recopilación privada, esta Ley,

No es casualidad que los supuestos de redención sean tan amplios. Su fundamento estriba—como indican las notas a las Leyes 382 a 386 de la recopilación privada—en el «interés social y en el bien común, así como en la necesidad de evitar situaciones absurdas que hoy día se plantean» (38).

Tampoco es casualidad que la propia Compilación califique al retracto que concede en la Ley 383 como «retracto de comuneros». En primer lugar, advierte del verdadero pensamiento del legislador al regular la figura, a pesar de que la redacción definitiva lo haya desvirtuado: cabalmente el retracto de comuneros sólo cabrá en la corraliza comunidad indivisible. Pero, en segundo lugar, creo que supone asumir la prevención con que el ordenamiento civil común contempla las situaciones de comunidad, por ser, en general, antieconómicas y fuentes de litigios. De ahí que se fomente la reducción del número de partícipes mediante el retracto, conjunta o subsidiariamente con la posibilidad de redimir (39).

Cabe pensar, en consecuencia, que si la Compilación no contempla la figura con hostilidad, tampoco lo hace con simpatía. Y esto pese a constituir, como se ha reconocido con unanimidad, una de las figuras más propias y específicas del Derecho civil navarro.

6. Corralizas y helechales

Resulta también esclarecedor comparar las corralizas con una institución muy similar: los helechales. Encontramos en materia de helechales las mismas dudas y vacilaciones que respecto a las corralizas. Con razón dijeron los autores de la recopilación privada, en la nota a las Leyes 391 a 393, que «los helechales son a la montaña navarra lo que las 'corralizas' a la Ribera» (40). Tal vez la diferencia radique en que el helechal

que es copia literal de la 386 de este proyecto, está llamada a tener una extraordinaria importancia en el futuro. (Cfr. *Recopilación privada*, cit., pág. 211.)

Ley 383: «Si alguno de los titulares enajenare su derecho, los otros partícipes podrán ejercitar el retracto de comuneros, prefiriéndose, en caso de concurrencia, al retrayente titular de aprovechamiento de la misma naturaleza que el enajenado. Cuando se enajenare el derecho de cultivo sobre una parcela determinada de la finca, se dará preferencia en el retracto al que tenga derecho a cultivar la parcela de mayor extensión».

(38) Vid. *Recopilación privada*, cit., pág. 211.

(39) La posibilidad de ejercitar el retracto de comuneros se consagra por vez primera en la *Recopilación privada*. Sin embargo, muchos años antes el Tribunal Supremo lo había reconocido para supuestos de concurrencia de titularidades. Así las Sentencias de 12 de julio de 1881, 9 de marzo de 1893 (comentada por J. PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho civil*, III, 2. 2.ª ed., Barcelona, 1973, pág. 52), 9 de julio de 1901 (que reputa a los cotitulares como comuneros a los efectos del retracto, dados los fines económicos de esta institución) y 3 de abril de 1909.

(40) *Recopilación privada*, cit., pág. 211.

propíamente dicho se constituye sobre bienes comunales y no de propios. Por lo demás, hay una clara analogía entre ambas figuras; de ahí que su comparación ofrezca un indudable interés.

Según GÓMEZ CHAPARRO, helechales son «fincas que pertenecen al común de vecinos de un pueblo, aprovechando las hojas para el ganado estabulado». «Ahora bien—sigue diciendo el citado autor—: con el mismo nombre de helechales es también designada la finca de propiedad particular que por su naturaleza está reservada a la producción de helechos» (41).

Como se ve, vuelve a plantearse aquí de nuevo la cuestión: los helechales, ¿son derechos de aprovechamiento o son fincas? ¿Cómo saber cuándo nos encontramos ante unos u otras?

El Fuero Nuevo de Navarra y sus precedentes no arrojan excesiva luz sobre el problema, al igual que en el caso de las corralizas, pues se limitan a plantear la dicotomía. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es en este punto más diáfana y precisa que en materia de corralizas.

Así, la Sentencia de 22 de febrero de 1954 (42) declara que:

«(.) si la palabra helechal está definida en el Diccionario de la Lengua (edición de 1947) como "sitio poblado de helechos", trasladando este significado a términos jurídicos en relación de inmueble o en la descripción de la cosa, comprende no sólo las plantas de helechos, sino *igualmente el terreno del fundo en que se hallan dichas plantas*, abarcando la totalidad de la extensión comprendida dentro de los linderos señalados e igualmente de los distintos aprovechamientos de que sea susceptible el predio, *mientras no se compruebe lo contrario con títulos adecuados limitativos de la propiedad* (43). sin que, por lo expuesto, quepa dar a los helechales en este caso concreto el alcance restrictivo de referirse únicamente al aprovechamiento de helechos en la propiedad común o privativa (...).

También la Sentencia de 10 de junio de 1955 (44), al declarar que el Concejo demandado, al que absuelve de una acción declarativa de dominio, había adquirido la propiedad del helechal por prescripción, reconoce tácitamente que el suelo no era comunal, pues, de lo contrario, la usucapción no hubiera sido posible.

Pero tal vez la más significativa sea la Sentencia de 26 de noviembre de 1961. Se trata asimismo de una acción reivindicatoria interpuesta por

(41) Cfr. R. GÓMEZ CHAPARRO, *La desamortización civil en Navarra*, Pamplona, 1967, pág. 157.

(42) Ponente C. OCA. El actor solicitaba la declaración de que la propiedad de un helechal alcanza también al suelo. El Ayuntamiento demandado sostenía que sólo daba derecho a cortar los helechos. El Tribunal Supremo estimó las pretensiones del actor.

(43) El subrayado es mío.

(44) Ponente C. VALLEDOR.

el comprador de dos helechales, quien los había inscrito a su favor. En el suplico, el actor solicitaba la declaración de ser de su propiedad ambos helechales, así como los árboles situados dentro de los mismos, y que se condenase al Concejo demandado a la devolución del importe percibido por la venta de dichos árboles. Estimada la demanda e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, declarando en su primer considerando (45):

«(.) ni gramatical ni jurídicamente, como ya declaró la Sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1954, puede darse a la palabra “helechal” la limitada conceptualización que el recurrente pretende, sino que, por el contrario, *lo así llamado*, descrito con señalados límites, *lo constituye un fundo poblado de helechos que abarca la totalidad del predio y el aprovechamiento de cuantas especies en él se produzcan*» (46).

Por su parte, la Ley 388 de la Compilación navarra, transcripción literal de la 391 de la recopilación privada, señala que

«bajo la denominación de “helechal”, cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de los montes comunales».

Como puede verse, el planteamiento que el Fuero Nuevo hace es sustancialmente el mismo que en materia de corralizas. Las diferencias estriban en que el abanico de posibilidades se reduce a dos—finca o derecho de aprovechamiento—, recayendo, además, este último sobre terrenos comunales. Aquí también hay un significado propio y otro impropio de la expresión, que sigue la línea ya marcada por la Compilación para las corraliza. Pero el Tribunal Supremo, en esta materia, ha sido más audaz invirtiendo los términos.

Otro dato más que hay que tener en cuenta, junto con el ya apuntado de la afinidad y similitud, entre ambas figuras.

IV. CONCLUSIÓN

La recapitulación final de todo lo que hasta aquí se ha expuesto cabría establecerla como sigue.

En apariencia, nos encontramos ante una institución característica o propia del Derecho navarro, que se configura como un derecho real. Este derecho es atípico hasta la promulgación del Fuero Nuevo de Navarra

(45) Ponente M. TABOADA.

(46) El subrayado es mío.

y adquiere su tipicidad con él, en el sentido de que en él se reconoce, entrando en el marco de una regulación codificada (47).

La institución, siempre en apariencia, se abre a un triple contenido (48), ya analizado, que, al menos en la doctrina anterior al Fuero Nuevo, se ofrece al mismo nivel de alternatividad.

Sin embargo, un estudio más atento nos ha demostrado que esto no es así. Cuando la Ley 379 emplea el término «denominación» para referirse a lo que hemos venido llamando corraliza-finca, lo hace precisamente para apartar este primer contenido de la institución jurídica navarra. Con claridad lo ha visto así SANCHEZ REBULLIDA, quien engloba en la figura únicamente las otras dos facetas (49).

De manera que tras esta primera aproximación podría pensarse que la denominación «corraliza» referida a una finca, no es más que el nombre que reciben en Navarra cierto tipo de fincas, bien por su naturaleza, bien por su destino. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, quien tan pronto como detecta esta significación reconduce el problema al Derecho común, marginando al foral (50). Y esta solución no queda desvirtuada en la práctica, ni siquiera por la referencia al uso—los usos—que realiza la Ley 380 de la Compilación.

Ocurre, además, que es posible observar una importante diferencia, diferencia cualitativa, entre este hipotético primer contenido y los otros dos. Mientras éstos designan derechos o titularidades, aquél se refiere a un objeto de derechos, una finca. En resumen, creo que puede afirmarse que no hay una significación jurídica específica en la corraliza-finca.

Pero sigamos profundizando. Apartada ya la idea de finca, la corraliza nos presenta una imagen bifocal: o derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena o comunidad indivisible. La primera opción parece claramente una servidumbre. Así sería efectivamente en Derecho común, donde el artículo 531 del Código Civil admite la figura de las servidumbres personales. Pero el Fuero Nuevo, apartándose de la regulación del Proyecto de Fuero Recopilado, que incluso se refería expresamente a las servidumbres en sede de corralizas, como ya hemos visto, sigue el sistema romano, y en él las servidumbres son siempre prediales, como resulta del juego de las Leyes 393 y 394 (51). De ahí que calificada dentro de esta

(47) Este es uno de los dos sentidos en que puede utilizarse la expresión tipicidad. Cfr. F. SANCHEZ REBULLIDA, «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Estudios de Derecho civil*, II, Pamplona, 1978, pág. 241.

(48) Segundo sentido de la expresión tipicidad. Cfr. F. SANCHEZ REBULLIDA, «El sistema. », cit., pág. 241.

(49) «El sistema...», cit., pág. 264.

(50) Vid. las Sentencias ya citadas de 5 de junio de 1924 y 24 de febrero de 1925.

(51) «Son servidumbres—dice la Ley 393—los derechos reales establecidos sobre una finca en beneficio de otra colindante o vecina, y que consisten en el ejer-

segunda opción y a falta de reglas preferentes, la corraliza habrá de regirse por las normas que el Fuero Nuevo establece para los gravámenes personales (52).

Eliminada, pues, como institución específica del Derecho navarro esta segunda rama, sólo nos queda como peculiaridad foral la tercera, la comunidad indivisible de aprovechamientos.

Pero ni siquiera eso ocurre, en mi opinión, porque ya existe en Derecho común una figura—atípica en la medida en que no está reconocida en el Código Civil—que consiste precisamente en la coexistencia sobre un mismo objeto de distintos aprovechamientos.

La mencionada figura, que aún hoy carece de una denominación (53), surge de la práctica y ha sido reconocida y perfilada por la jurisprudencia. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1953 (54), se declaró que:

«(.) entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad, diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno, y en estos supuestos de incompatibilidad de facultades dominicales, sin abandonar por completo el

cicio de un determinado uso de ella, o en la limitación de cualquiera de las facultades del propietario.» Por su parte, la Ley 394 añade: «No son servidumbres: (.) 2. Los derechos de uso y aprovechamiento establecidos en favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios, los cuales se regirán por lo establecido en el capítulo II del Título IV de este Libro».

(52) De todos modos, no me parece muy afortunada la remisión. El capítulo II del Título IV, al que se refiere la Ley 394, lleva por rúbrica «De la habitación, uso y otros derechos similares». Pienso que no existe, al menos en el grado deseable, la similitud que la rúbrica proclama porque los derechos de uso y habitación no sólo son personales, sino personalísimos, lo que implica una clara falta de homogeneidad entre las figuras que se recogen en el capítulo. Además, la regulación de la Ley 325 es escasa y no muy clara. Insisto en que hubiera sido preferible una remisión a las servidumbres tal como defendía SANCHO REBULLIDA, independientemente del establecimiento de una presunción de contenido.

(53) Se han empleado las expresiones «yuxtaposición de derechos» y «concurrencia de derechos de propiedad», pero ninguna de las dos ha calado ni en la doctrina ni la práctica forense.

(54) Ponente C. VALLEDOR. Los antecedentes versaban sobre la reclamación, realizada por la comunidad del Montes Navas, contra el Ayuntamiento de C., de la propiedad de un monte de encinas.

ordenamiento jurídico de las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el derecho positivo gobiernan el instituto de la propiedad, y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia».

Más recientemente, la Sentencia de 8 de abril de 1965 (55), con referencia a una división de la propiedad del suelo y del vuelo, señalaba que

«en supuestos tales el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que por esto aparezca uno como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho del otro, de manera que desapareciendo el derecho de uno de ellos, el del otro se amplía sin más, para convertirse en propiedad plena otra vez; es decir, que el derecho de los dos propietarios no recae sobre la totalidad e integridad de la cosa, de forma que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su respectiva cuota—ya que no existen porciones alícuotas—, por lo cual esa figura resultante no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa—terminología francesa—o de propiedad dividida—según la técnica germánica—» (56).

Pienso, pues, a la vista de los elementos que acabo de analizar, que la corraliza no es una institución, puesto que carece de un contenido específico y, además, su gama de variantes encuentra sus respectivos correlatos en el Derecho común.

Corraliza propiamente es, en conclusión, la manera que el Derecho navarro tiene de designar, bien a ciertas fincas, bien a ciertos tipos de servidumbre o a determinados supuestos de propiedad dividida. En definitiva, los tipos de corralizas reconocidos en el Fuero Nuevo son siempre denominaciones peculiares de otras figuras reales, incluso la comunidad indivisible, puesto que en el Derecho vigente ha perdido su específica y primigenia naturaleza ganadera.

A la luz de esta nueva perspectiva, la Ley 380 de la Compilación pasa de ser una norma reguladora del régimen, a convertirse en un precepto determinante de la calificación. La interpretación del título y la recons-

(55) Ponente M. TABOADA. Del pleno dominio de la finca llamada «Cuadrado el grande», perteneciente a la Fundación benéfica Obra pía de los Pizarros, se desmembró la propiedad de 6.192 encinas y el derecho de apostar. La Fundación demandó al titular del derecho desmembrado alegando que introducía más ganado que el que las encinas podían alimentar, y que no tenía derecho a construir chozas. El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el actor.

(56) La doctrina de esta Sentencia es reiterada literalmente por la de 22 de diciembre de 1969.

trucción del uso sirven para ilustrar la subsunción del supuesto de hecho en una de las opciones que el nombre de «corraliza» acoge.

De ésta manera, volviendo al caso que nos ocupa, la solución de fondo del litigio habría sido la siguiente: lo adjudicado en 1827 por el Ayuntamiento de Azagra fue una finca llamada corraliza del Espartal, que, a su vez, tenía un derecho de corraliza (gravamen real) sobre las parcelas enclavadas dentro de sus linderos.

Finalmente, como colofón, sólo queda añadir que es preciso acentuar la conveniencia de abordar el estudio de los supuestos concretos de corralizas sin prejuicios, en el sentido más literal de esta expresión. Averiguar la verdadera naturaleza de una figura sin dejarse impresionar por la denominación empleada, y sin mengua del rigor crítico, es quizá—así, al menos, lo creo—la mejor contribución del jurista en pro del Derecho foral.

JOSÉ ANGEL TORRES LANA

Profesor adjunto de Derecho civil

VIDA JURIDICA



La hipoteca cambiaria *

SUMARIO. I. *Introducción. Razón de ser de estas hipotecas*—II. *Situación actual, legal y doctrinal.*—III. *Concepto y caracteres.*—IV. *Naturaleza jurídica.*—V. *Constitución: a) Elementos personales. b) Elementos reales. c) Elementos formales.*—VI. *Desenvolvimiento: a) Renovación de la letra. b) Cesión o transmisión de la letra. c) El embargo, la subhipoteca y la posposición. d) Notificaciones.*—VII. *Ejecución: Título y procedimientos.*—VIII. *Cancelación.*

I. INTRODUCCIÓN: RAZÓN DE SER DE ESTAS HIPOTECAS

Tradicionalmente el crédito hipotecario y la letra de cambio han vivido en mundos separados debido a que su origen, finalidad y régimen jurídico responden a razones totalmente distintas. Pero ante la cada vez mayor avalancha de efectos impagados, no es raro que se busquen por los teneedores de las letras garantías reales, y no sólo la meramente personal de la letra, aunque ésta lleve consigo la posibilidad de un juicio ejecutivo o, como lo califica GUASP, proceso abreviado de cognición. En este sentido, la hipoteca cambiaria no es exactamente una superposición de garantía, como erróneamente se la señala en la práctica bancaria, sino simplemente una garantía real, que, como todas las reales, trata de asegurar al acreedor el buen fin de su crédito cuando se duda que basten las garantías personales.

ROCA destaca que cuando se trata de dar un respiro a un cliente que no marcha bien, la hipoteca cambiaria puede ser un inestimable auxiliar. También en las ventas con precio aplazado para cuyo pago se libran letras, la garantía hipotecaria permite al vendedor neutralizar la espera que supone tal aplazamiento facilitando el descuento de las mismas.

SANAHÚJA TOMÁS justifica la hipoteca cambiaria como medio de revi-

(*) Esta conferencia fue expuesta el 15 de marzo de 1978 en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Burgos. Se mantiene el texto original, si bien se han agregado algunas notas a pie de página recogiendo la posterior Resolución de 31 de octubre de 1978.

talizar la letra de cambio, de una solvencia hoy muy endeble, como consecuencia del excesivo crecimiento que ha sufrido, para que pueda ofrecer la seguridad y garantía suficientes en función de su objetivo económico y social. Una letra de cambio fuerte evitaría la acumulación de capital inactivo y fomentaría la actividad empresarial, creando trabajo y riqueza.

SAPENA señala que se trata de un problema impuesto por la realidad, y no es creación ficticia de investigadores.

En esta misma idea, la Dirección General, en su Resolución de 16 de junio de 1936, recogida en la de 26 de octubre de 1973, nos dice que «la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de su cliente garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, para lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieran las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional».

La Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de octubre de 1969 señala como operaciones regulares de la actividad bancaria, previos los requisitos que la misma establece, «los préstamos, créditos y descuentos con garantía hipotecaria», a la cual, en su artículo 2.º, la califica de «superposición de garantía hipotecaria». Igual hace el artículo 16 del Estatuto del Banco de España.

Queda con ello puesto de manifiesto el carácter práctico de estas hipotecas, lejos de toda creación ficticia de los juristas.

II. SITUACIÓN ACTUAL, LEGAL Y DOCTRINAL

A diferencia del Derecho italiano, en cuyo Código el artículo 2.831 las admite expresamente, y del Derecho alemán, que las regula en el artículo 1.187 del suyo, en nuestra legislación hipotecaria no están reguladas expresamente este tipo de hipotecas, aunque, como veremos a continuación, su admisibilidad está hoy fuera de toda duda.

1) *Breve reseña histórica*

La venerable Ley de 1861 rechazó este tipo de hipotecas fundándose en la diferente naturaleza de las obligaciones civiles y mercantiles. En las civiles, la solidaridad no se presume, y en las mercantiles, sí; estas últimas

son de duración corta, rápidas en sus formas, rigurosas en su cumplimiento y de prescripción corta. La hipoteca, por el contrario, está pensada para créditos más largos en su duración, por tanto, no cabe el endoso ni la solidaridad del cedente. Estas razones, junto con otras que más fácilmente se comprenden, que se enuncian, llevaron al legislador a rechazar este tipo de hipotecas, según explicó en su exposición de motivos.

Seis años más tarde, la Real Orden de 26 de febrero de 1867 dispuso que las compañías concesionarias de ferrocarriles, canales y demás obras públicas podían ser autorizadas por el Gobierno para emitir obligaciones hipotecarias al portador.

La Ley de 21 de diciembre de 1869 sancionó esta situación admitiendo las hipotecas en garantía de obligaciones o títulos a la orden, regulando la transmisión de las mismas, sin necesidad de notificarla al deudor ni de tomarse razón en el Registro de dicha transmisión.

La Ley de 1909 reguló la constitución de estas hipotecas y, finalmente, en la actual se han introducido nuevos procedimientos cancelatorios. Los respectivos reglamentos hipotecarios desarrollaron estos preceptos.

Como se dice en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, página 777, de 1941, en base a toda esta legislación dictada para garantizar las emisiones de obligaciones ferroviarias, endosables o al portador, se introdujo en la práctica la hipoteca en garantía de letras, por personas un poco ajenas a la técnica inmobiliaria, especialmente los directores de las sucursales del Banco de España, que viéndose comprometidos por la situación desesperada de alguna persona acreditada en la provincia y con plena conciencia de las limitaciones del Banco en cuanto a negociación con garantía de fincas, acudían a los Notarios para obtener la garantía de documentos y saldos, sin suficiente poder y casi invadiendo el campo del Banco Hipotecario.

2) *Posturas doctrinales*

La doctrina se divide en dos grupos:

a) Los que mantienen la tesis negativa, cuyo principal representante es don JERÓNIMO GONZÁLEZ, argumentando, entre otras razones, que las letras garantizadas con hipoteca no se distinguen de las demás; las renovadas no contienen los elementos de identificación indispensables según la legislación hipotecaria; el retorno o regreso plantea problemas que no se reflejan en el documento de giro; el deudor cambiario no es pura y simplemente el librado, etc. Pueden valer igualmente las razones que aducía la exposición de motivos de la Ley de 1861.

Dentro de esta postura, CAMY afirma que las letras de cambio no podrán garantizarse con el tipo de hipoteca que regulan los artículos 150, 154 y 155 de la Ley Hipotecaria y concordante del Reglamento, lo cual no quiere decir, en opinión de este autor, que no sean susceptibles de ser garantizadas con otro tipo de hipoteca, el cual no señala, pero que sería la hipoteca de máximo. Como razón principal aduce que, conforme al artículo 154, 2.º, de la Ley Hipotecaria, se requiere necesariamente la circunstancia de que los títulos sean talonarios y de doble matriz, dado que una de éstas habrá de ser depositada en el Registro Mercantil o, en su caso, en el de la Propiedad (art. 247 del Reglamento Hipotecario).

b) Los defensores de la tesis afirmativa, entre los que destacamos a SAPENA y ROCA, se fundamentan en la dicción literal del artículo 150 de la Ley Hipotecaria, cuando habla de «hipoteca que se hubiese constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso...», entre las que están, según ellos, las incorporadas a letra de cambio, y sobre todo en el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que admite hipoteca mobiliaria en garantía de letras de cambio, con los requisitos que establece el artículo 154 de la Ley Hipotecaria. Entienden estos autores que se trata de una interpretación auténtica hecha por el legislador y que, por consiguiente, decide definitivamente el problema.

Nuestro compañero CANO FERNÁNDEZ, mediante una interpretación sistemática, llega a la conclusión de que la inclusión de la hipoteca cambiaria en el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria es más bien una «confesión» del legislador de que tal hipoteca no estaba incluida en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria. Opina este autor que la Ley Hipotecaria no regula este tipo de hipoteca, que con notoria imprecisión ha introducido la Ley de Hipoteca Mobiliaria, aunque la remisión al artículo 154 no puede entenderse de modo directo, sino simplemente analógico.

3) *Postura de la Dirección General*

La Dirección General ha mantenido un criterio fluctuante.

Las Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y de 18 de enero de 1939 rechazaron la admisibilidad de este tipo de hipoteca. La primera alega la falta de seguridad al vivir la letra independiente de la hipoteca, lo cual vulnera al artículo 144 de la Ley Hipotecaria, por el que todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior no surtirá efecto contra terceros como no se haga constar en el Registro. En la de 1939 se destaca la falta de doble matriz y la vulneración del principio de tracto sucesivo, por estar inscrita la hipoteca en cuestión a favor de persona determinada.

Por el contrario, la Resolución de 16 de junio de 1936 admitió una hipoteca de máximo por la que se garantiza el saldo resultante de determinadas operaciones cambiarias y crediticias, lo cual en realidad no es una auténtica hipoteca cambiaria, tal como luego la definiremos.

Es en la Resolución de 26 de octubre de 1973 donde claramente se admite la hipoteca cambiaria, siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y, por otra parte, resulten salvaguardados los principios hipotecarios. Se estimula a Notarios y Registradores, como órganos cualificados, para que contribuyan al desarrollo de esta figura a través de su actividad creadora y calificadora.

CAMY critica desfavorablemente esta resolución, diciendo que si bien sostiene una tesis muy digna de encomio desde el punto de vista del Derecho constituyente, es insostenible dentro del Derecho constituido. La exigencia del párrafo 2.º del artículo 154 de la Ley Hipotecaria se pretende soslayar mediante la reseña en la escritura de los datos y circunstancias que identifiquen las cambiales. Y si esto es ya una determinación que rebasa las simples facultades interpretativas de las leyes, incidiendo en una actuación legisladora vetada a la jurisprudencia, ello es quizá lo de menos, pues se requerirían fijar muchos otros extremos y excepciones en esta cuestión, imposibles ya de basarlos en una interpretación legal. Entre estas cuestiones destaca este autor que si el pago de la cambial debe hacerlo el librado, es éste o un avalista los únicos que pueden otorgar la hipoteca y hacerlo en favor del librador. Ello implica que sólo debe admitirse esta hipoteca para las cambiales aceptadas por el librado al emitirlas, con firma legitimada. Si el Código de Comercio autoriza la expedición de duplicados de las cambiales y de una nueva en sustitución de la que se haya perdido, y al no existir un talonario de ella que diera cierta garantía a ese nuevo título, no hay seguridad de que el librado la considere legítima o incluso de que no se haya realizado el pago en virtud de algún otro ejemplar. Y todo ello afectaría igualmente a la fase de ejecución, sin tener siquiera normas analógicas en que apoyarse.

CHICO ORTIZ y FERNÁNDEZ CABALEIRO, en sus comentarios a dicha resolución, respectivamente, en el *Anuario de Derecho Civil* y en la *Revista Crítica*, se muestran favorables al criterio aperturista que mantiene (1).

4) En nuestra opinión, es claro que dicha resolución no justifica el cambio de criterio respecto a las citadas al principio, dando por supuesto que la hipoteca cambiaria ha estado siempre admitida por nuestro Ordenamiento, lo cual, como hemos visto, no es cierto. Parece, por tanto, que

(1) La Resolución de 31 de octubre de 1978 reitera el criterio positivo a su admisión «en atención a las exigencias del tráfico mercantil, y siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y resulten salvaguardados los principios hipotecarios».

sólo razones de tipo práctico han sido las que han movido a la Dirección General al cambio de criterio.

También nos parece evidente que si bien la hipoteca cambiaria no está regulada en nuestro Derecho positivo, ello no quiere decir que sea rechazable *per se*, y que es indudable que no hay razón alguna de orden público que justifique su rechazo, sino sólo dificultades de tipo técnico, las cuales el jurista puede intentar superar interpretando los textos legales de que dispone con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, tal como ordena el artículo 3, 1, del Código Civil. En este sentido, tiene razón la Dirección General cuando estimula a la actividad creadora de Notarios y Registradores para superar las dificultades que puedan presentarse. Con esta finalidad dirigimos nuestro trabajo.

III. CONCEPTO Y CARACTERES

No es muy precisa nuestra doctrina cuando trata de determinar o definir qué debe entenderse por hipoteca cambiaria.

SAPENA destaca los siguientes caracteres: *a)* Garantiza el crédito del titular de la letra, fuere quien fuere. Admite que la garantía quede limitada excluyendo el aval, la intervención e incluso el endoso en favor de determinadas personas o entidades. Pero si se estableciera únicamente a favor de un determinado tenedor no sería en realidad una hipoteca cambiaria. *b)* La garantía se confiere para el caso de que la letra no sea atendida, y no por la obligación de alguno o algunos de sus firmantes sólo. Es decir, garantiza al tenedor frente al impago por los obligados en vía directa (librado-acceptante y avalistas) sin necesidad de ejercitar el regreso. *c)* La letra o letras han de ser determinadas y no futuras. *d)* La garantía se concede por la cambial, y no para la relación subyacente.

Por vía negativa, nos dice este autor que no son propias hipotecas por letras de cambio, sino hipotecas normales o subtipos de la de seguridad, según el caso: la que garantiza únicamente una o parte de las obligaciones derivadas de la letra, la que garantiza el pago sólo ante cierto o ciertos tenedores, la que garantiza emisiones futuras y la que garantiza la relación causal y no la letra en sí.

GUIMERÁ PERAZA señala las múltiples relaciones entre letra e hipoteca. Esta puede garantizar una letra cualquiera que sea su tenedor o sólo a favor de persona determinada, sea como tenedor al vencimiento o también por vía de regreso, o garantizar sólo el pago hecho por persona determinada. También puede garantizar el pago de letras futuras o de letras preexistentes. Finalmente, puede garantizar una letra y sus futuras renovaciones, en cuyo caso opina este autor que se trata no sólo de una hipoteca en

garantía de obligaciones futuras, en cuanto a las letras que sustituyan a la ya creada, sino que, por lo que hace a las mismas, habrá de constituirse la hipoteca con la modalidad de máximo, al menos en lo que se refiere a su cuantía.

ROCA se limita a decir que hipoteca cambiaria es la que se constituye en garantía de la efectividad de letras de cambio.

La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (pág. 777, año 1941), en una nota probablemente debida a la inspiración de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, señala únicamente dos posibilidades de relación entre letra e hipoteca: a) la hipoteca propiamente dicha en garantía de una letra determinada que se describe con exactitud, y b) la hipoteca de máximo para garantizar las letras giradas, endosadas, aceptadas o avaladas que figurasen en la cartera de un Banco.

Por nuestra parte, creemos que la hipoteca cambiaria es la establecida en garantía del pago cambiario de una o varias letras ya emitidas o que se emiten en el acto de constitución de la hipoteca. Quedarían, por tanto, excluidas: a) las hipotecas que garantizan la relación subyacente y no la propiamente cambiaria; b) las que garanticen el pago extracambiario de la letra; c) las en garantía de letras a emitir, lo cual rechazó la Resolución de 30 de abril de 1934, si bien cabe una hipoteca de *maximum* por estas letras, como obligaciones futuras.

Siguiendo a MARIANI, estimamos que si la hipoteca se constituye en garantía de letras ya emitidas, únicamente queda garantizado el tenedor actual y los endosatarios sucesivos, pero no el tomador o los endosatarios anteriores.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

DON JERÓNIMO GONZÁLEZ rechazaba la hipoteca cambiaria, entre otras razones, por no saber si se trata, en definitiva, de un título garantizado con una hipoteca de seguridad o si es una cédula hipotecaria endosable, entendiendo que en el caso primero la deuda se rige por el Derecho mercantil, aunque repercuta en el hipotecario, mientras en el segundo caso los principios del Derecho inmobiliario absorben el total contenido mercantil.

SAPENA se inclina por la tesis de la hipoteca de seguridad, al señalar que «la letra de cambio continúa con su naturaleza de título-valor mercantil antes y después de constituir la hipoteca en su garantía, y por su propio Derecho se rige; la hipoteca es accesorio de la letra, y no la letra representación de la hipoteca». Pero como, en definitiva, el titular de la hipoteca será el tenedor legítimo de la letra, en este sentido considera SAPENA a la hipoteca cambiaria como un derecho subjetivamente real.

ROCA, en razón a que el crédito cambiario garantido vive su propia vida, en cierto modo de espaldas al Registro, de tal manera que la fe pública registral se extiende sólo a la hipoteca y no al crédito, la califica también de hipoteca de seguridad.

SANAHÚJA, siguiendo las tesis de CARNELUTTI, entiende que la hipoteca, en general, y la cambiaria, en especial, no es un derecho de naturaleza real, sino un derecho procesal, una afección preventiva *a priori*, que en el caso que nos ocupa se da en favor de titulares transitoriamente indeterminados. En definitiva, estima que la hipoteca cambiaria es una hipoteca cautelar del crédito, ya que éste disfruta de una vida propia e independiente, incluso con legislación específica, y aquella solamente tiene una función subsidiaria para el caso de insolvencia del deudor, pero totalmente ajena a los avatares de la letra de cambio, equivalente a un embargo preventivo *a priori*.

En Derecho comparado, el artículo 1.187 del Código alemán establece que «en garantía del crédito derivado de... una letra de cambio o de otro título que pueda transmitirse por endoso sólo puede ser constituida una hipoteca de seguridad», y el artículo 1.184 del mismo cuerpo legal define estas hipotecas de seguridad cuando dice que «una hipoteca puede constituirse de modo que el derecho del acreedor derivado de la hipoteca se determine solamente según el crédito, y el acreedor no pueda alegar la inscripción para la prueba del crédito».

El Código italiano, en su artículo 2.831, se limita a señalar que «las obligaciones resultantes de títulos a la orden o al portador pueden ser garantizadas con hipoteca», pero sin entrar en el problema de su calificación jurídica.

Nosotros creemos que la tesis de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad es discutible, y desde luego ha sido muy poco conveniente para el desarrollo de esta figura, que tan necesaria parece hoy en el mundo de la economía.

Efectivamente, las hipotecas de seguridad son aquellas que no garantizan la existencia y cuantía del crédito asegurado, el cual únicamente queda indicado en sus líneas fundamentales y cuya determinación se realiza por medios extrahipotecarios.

A diferencia de estas hipotecas de seguridad, en la hipoteca cambiaria, tal como la hemos definido, el crédito está perfectamente determinado en su existencia, cuantía, fecha y domicilio de pago, persona principalmente obligada al mismo, impreso o efecto en que se ha extendido y restantes requisitos que por imperativo legal han de constar en la letra, y que una vez incorporados al Registro a través de la hipoteca están garantizados con la fe pública registral. El único requisito que se desconoce es el nombre y apellidos del tenedor al tiempo del vencimiento, pero a cambio sabe-

mos que ha de estar legitimado por la cadena de endosos. En este sentido, la hipoteca, por imperativo del artículo 150 de la Ley Hipotecaria, participa de la naturaleza de la letra de cambio, pero sólo en cuanto a la circulación, y no en cuanto a los demás efectos. En resumen, creemos que estamos en presencia de una hipoteca ordinaria matizada por la determinación de su titular al tiempo del vencimiento, que será el que determinan las normas mercantiles, pero sin que esta circunstancia altere la verdadera naturaleza de esta hipoteca.

Consecuencia importante de esta tesis es la posibilidad de que el titular pueda acudir al procedimiento judicial sumario y al extrajudicial, tesis recogida en la Resolución de 26 de octubre de 1973 y confirmada por nuestra experiencia práctica profesional, en contra del criterio tradicional de nuestros autores, entre ellos ROCA.

V. CONSTITUCIÓN

a) *Elementos personales*

Es evidente que en la hipoteca cambiaria pueden intervenir todos los elementos personales del derecho real de hipoteca y, además, los de la letra de cambio.

Respecto al hipotecante, si bien cabe la posibilidad de un hipotecante no deudor, lo normal será que la hipoteca la constituya uno de los obligados cambiarios, casi siempre el librado-aceptante. Su capacidad será la prevista con carácter general por el artículo 138 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la persona a cuyo favor ha de constituirse, entiende ROCA que será a favor del tomador o actual tenedor, que se determinará nominativamente, y además del titular o titulares futuros. Si la hipoteca se constituyó en garantía de una letra ya emitida garantizará al que a la sazón sea endosatario y a los endosatarios sucesivos, pero no al tomador o endosatarios anteriores, ya que frente a éstos no está obligado en vía de regreso.

SAPENA opina que la hipoteca se constituye a favor del tenedor de la letra, sea quien fuere, tesis combatida por PÉREZ JOFRE, para quien la hipoteca ha de constituirse a favor de persona determinada, apoyándose para ello en el texto del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, si se tratase de hipoteca unilateral, y en el del artículo 138 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de constitución bilateral.

SANAHÚJA mantiene que la hipoteca no puede inscribirse nominativamente a favor de quien sea el tomador, endosatario o tenedor de la letra de cambio, ni en el momento de constituirla ni en ningún otro, ya que

con ello se configuraría como un engañoso derecho real a su favor, lo que impediría la función negociable e independiente de la letra.

VALLET opina que se debería autorizar su constitución a favor de quien sea tenedor de la letra al exigirse su efectividad, y CANO FERNÁNDEZ, como solución de tipo práctico, se inclina por admitir la constitución a favor de los tenedores presentes o futuros de las letras, sin perjuicio de que cuando la hipoteca se constituya por el librador en letra no a la orden o por las demás personas que garanticen la letra, se exprese que queda constituida a favor del acreedor nominativamente y de los futuros tenedores legítimos de la misma.

La Dirección General, en Resolución de 18 de enero de 1939, rechazó la cláusula según la cual «el deudor reconocerá como cesionario del crédito a la persona en cuyo poder se halle el pagaré que han suscrito (las partes) por medio de endoso hecho con los requisitos que previene el Código de Comercio». La principal razón aducida por la Dirección es que dicha cláusula vulnera el principio de tracto sucesivo, contra el que no caben otras excepciones que las taxativamente establecidas en la ley. Sin embargo, al admitir esta figura la reiterada Resolución de 1973, se limita en su considerando segundo a calificar como especial peculiaridad, entre otras, a la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse.

Otros problemas interesantes que podemos señalar dentro de este capítulo son:

a) La posibilidad de hipoteca de propietario, prohibida por nuestro Derecho, y que puede surgir en algún caso, como ha puesto de manifiesto SAPENA. Tal ocurre si la hipoteca la constituye el librador y la letra se gira a la propia orden, o en caso de letra girada a la orden del tercero hipotecante, o cuando la hipoteca la constituya el tomador o el último endosatario, antes de endosarla a terceros.

SAPENA supera el problema diciendo que esta hipoteca de propietario sería en todo caso provisoria y temporal hasta que el título salga de las manos del propietario, señalando además algún caso en que legalmente se daría el supuesto, como sucede en la emisión de obligaciones hipotecarias mientras no se pongan en circulación o cuando la entidad emisora adquiere obligaciones hipotecarias propias hasta el momento en que se cancelan. Otro supuesto a contemplar es el de la letra girada al propio cargo, que CANO FERNÁNDEZ opina no plantea problema por cuanto existirá un tomador de la cambial que será acreedor en el momento de la emisión.

Nosotros estimamos más acertado esperar hasta que el proceso de emisión esté completo para poder inscribir la hipoteca, pues lo contrario cho-

caría con principios hipotecarios sustantivos, cual es la prohibición de hipoteca de propietario, sin que quepa extender por analogía supuestos admitidos por el legislador a otros que no lo están, ya que la materia no lo admite.

b) La hipoteca unilateral, es decir, la posibilidad de que la escritura sea otorgada sólo por el constituyente de la hipoteca. En este caso se plantea como cuestión fundamental la de si es preciso la aceptación de la misma por el acreedor.

SAPENA opina que dado que la hipoteca se constituye a favor del tenedor de la letra, sea quien fuere, no es preciso la aceptación en caso de hipoteca unilateral para que ésta quede perfecta y, por tanto, tampoco se requiere la anotación registral de la aceptación, a diferencia del supuesto ordinario de la hipoteca unilateral, lo cual no quiere decir que la aceptación no se produzca, sino simplemente que no es necesaria. En el mismo sentido se pronuncia ROCA, en base de que el requisito de la aceptación no está exigido por el artículo 154 de la Ley Hipotecaria. Igualmente, ALBALADEJO entiende que no es necesaria la aceptación.

CAMY, por el contrario, basándose en los artículos 113, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, y 6, 1.º, de la Ley de 24 de diciembre de 1964, mantiene que es preciso la aceptación por el Comisario en el caso de hipoteca en garantía de obligaciones, luego con mayor razón será necesario aceptarlas en el supuesto de títulos no emitidos en masa, como la letra. Además, la aceptación está exigida por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria con carácter general, sin que exista excepción al mismo, y que si bien la Resolución de 19 de noviembre de 1908 estableció que «no es necesario consignar en la escritura de creación el nombre y aceptación de los tomadores de las obligaciones por endoso...», ello no excluye que tal circunstancia conste con posterioridad en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 141.

CANO FERNÁNDEZ se inclina por la tesis negativa abundando en los argumentos de SAPENA y ROCA, y aduciendo además razones de tipo práctico, «por cuanto puesta en circulación la letra, los futuros tenedores de la misma no se preocuparán demasiado, confiados en la garantía que la letra supone, de comparecer ante Notario para otorgar la escritura de aceptación de la hipoteca y presentar la misma en el Registro a fin de que se haga constar la aceptación. por lo que lo más frecuente será que tales hipotecas carecerán normalmente de aceptación», lo cual no quiere decir que tal aceptación no se produzca. ya que este autor entiende que «lo que sucede es que tal aceptación no tiene constancia registral dadas las características de tales títulos y se presume su existencia bien por la adquisición de la cambial. bien por proceder a la ejecución de la hipoteca llegado que sea el vencimiento de la letra e impagada ésta».

A nosotros nos parece extraño que autores como los citados, ROCA, SAPENA y CANO, después de defender la no necesidad de la aceptación, nos digan a continuación que, en todo caso, nada se opone a que la misma se produzca y se haga constar en el Registro. ¿Si no es necesaria para qué hacerla constar? En el fondo se trata, a mi modo de ver, de poner razones de tipo práctico por encima de principios básicos de nuestro sistema registral, y ello es rechazable, como ha puesto de manifiesto la Resolución de 26 de octubre de 1973. El artículo 141 exige, en todo caso, la aceptación de la hipoteca unilateral sin establecer excepción alguna, y no parece la simple comodidad del tenedor razón suficiente para derogar el precepto. Además, si la aceptación no es necesaria, quíerese decir que la hipoteca queda perfecta, lo cual supone la derogación del párrafo 2.º del artículo 141, que permite la cancelación de la hipoteca a petición del dueño de la finca y sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, siempre que hayan transcurrido dos meses a contar del requerimiento realizado al efecto y no constare dicha aceptación.

Precisamente este último párrafo nos inclina a considerar no sólo que la aceptación es necesaria, sino además muy conveniente, pues de lo contrario el tenedor de la letra puede encontrarse sin garantía, y ello sin su conocimiento, puesto que el requerimiento habrá de realizarse al titular según el Registro, es decir, al primer tomador, el cual puede no ser ya el tenedor de la letra.

b) *Elementos reales*

No presenta ninguna especialidad la finca o derecho que puede ser hipotecado en garantía de una letra de cambio, por lo que regirán las normas generales de todas las hipotecas contenidas en los artículos 106 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Es el crédito que garantiza la hipoteca el que motiva los principales problemas.

En primer lugar, hay que insistir en que la hipoteca cambiaria garantiza el título de crédito y no la relación causal, sin perjuicio, claro está, de que puedan garantizarse ambas relaciones. Consecuencia de ello es, como señala GORLA, que si la garantía hipotecaria se establece para la relación subyacente, cubierta después por una cambial, la acción ejecutiva promovida en base de esta relación cambial no goza de la garantía hipotecaria e inversamente.

ROCA opina que habrán de transcribirse los datos y circunstancias de la letra para su debida identificación, y que éstos serán los establecidos en el artículo 144 y concordantes del Código de Comercio. SAPENA se

inclina por testimoniar la letra, lo cual estimamos más acertado, ya que evita el olvido de algún dato y, sobre todo, permite que la calificación registral recaiga sobre la misma letra, lo cual entendemos fundamental, ya que el Registrador deberá denegar o suspender la inscripción en el supuesto de que la relación cambiaria no sea perfecta (falta de capacidad cambiaria, letra en blanco, etc.) (2).

La cantidad garantizada se expresará de acuerdo a lo ordenado por el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, es decir, en moneda nacional y no en las nominales que el comercio tuviere adoptadas para el cambio, a las que se refiere el artículo 444, 4.º, del Código de Comercio, y ello igualmente por razón del principio de especialidad.

Creemos que la hipoteca cambiaria puede garantizar no sólo el principal de la letra, sino los intereses de demora en caso de protesto y una cantidad para costas y gastos, incluyéndose en este concepto de gastos todos los que ocasione el impago del principal, incluida la parte de la letra de resaca que exceda del importe de la letra.

En el supuesto de que la hipoteca garantice varias letras de cambio, distingue CANO FERNÁNDEZ según que todas las letras sean a favor de un solo tenedor o a favor de varios. En el primer caso, además del problema del vencimiento anticipado, que luego estudiaremos, entiende con Roca que no quedan constituidas tantas hipotecas como letras, sino que por analogía deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 155, 2.º, de la Ley Hipotecaria y 227 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que cabe la ejecución aislada o parcial por razón de las cambiales que hayan ido a la ejecución con subsistencia de la hipoteca respecto a las demás como créditos, que por simultáneos y del mismo rango que el del actor se consideraran preferentes al mismo (3).

En el supuesto de que la hipoteca garantice distintas letras a favor de diversos tomadores, CANO FERNÁNDEZ cree que es perfectamente factible su admisión en los mismos términos que cuando el tomador sea único, ya que debido a su propia esencia pueden ser transmisibles a distintos acreedores y, por consiguiente, la hipoteca garantizará todas las letras y por el importe de sus respectivas cuantías, tal como se hayan reseñado en la escritura de constitución de la hipoteca, si bien el Notario en la escritura

(2) La Resolución de 31 de octubre de 1978 establece que «lo que cabe hacer por vía de analogía para suplir la falta de regulación es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales». Insistimos que, a nuestro modo de ver, lo mejor sería testimoniar la letra, como señala SAPENA

(3) En la Resolución de 31 de octubre de 1978 ha quedado claro que no hay tantas hipotecas como letras, sino una sola hipoteca que garantiza diversas obligaciones, y ello al amparo del artículo 1861 del Código Civil y 154 de la Ley Hipotecaria. La posición es correcta, pues la tesis contraria nos llevaría a conclusiones absurdas, como señalaba el Notario recurrente en su informe.

deberá expresar la sujeción a lo dispuesto en los artículos 155 y 237, ya citados.

Problema importante es el que plantea el párrafo final del artículo 154 de la Ley Hipotecaria, según el cual «en los títulos deberá hacerse asimismo constar la fecha y el Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de su inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad y Mercantil, cuando así proceda, con arreglo a lo prevenido en el artículo 21, número 10, del Código de Comercio».

¿Cuál es el alcance de esta nota? En nuestra antigua doctrina, ARAGONÉS opina que «consignadas en el título las notas de inscripción por dos funcionarios, el Registrador Mercantil y el Registrador de la Propiedad (sólo éste en caso de letras de cambio), debiera darse a estos títulos mayor valor del que les asigna la ley, toda vez que la legalización, la autenticidad que prestan estos funcionarios, pueden representar muy bien la fe del Notario». En su opinión, pues, estos títulos, llenados los requisitos de las notas, debieran ser considerados como «verdaderos documentos públicos y con los efectos que a éstos les asigna nuestra vigente legislación».

MORELL Y TERRY opina que estas notas «acreditan y garantizan a todo adquirente o tenedor la existencia de la hipoteca que asegura la efectividad de su crédito».

ROCA se inclina a favor de la nota como requisito obligado, pero al que no se le debe atribuir carácter constitutivo, ya que su falta no origina la inexistencia de la hipoteca.

CANO FERNÁNDEZ, después de resaltar las dificultades prácticas para la extensión de esta nota, opina que su función «es de simple notificación a los poseedores de los títulos de que tal emisión está garantizada con hipoteca».

La Dirección General, en la citada Resolución de 26 de octubre de 1973, no aclara tampoco el problema, pues se limita a decirnos «que en cada una de las letras de cambio se deberán expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro», pero sin entrar en el fondo de las consecuencias que tenga dicha conexión (4).

(4) Tampoco la Resolución de 31 de octubre de 1978 aclara más sobre el problema, pues se limita a insistir que en cada una de las letras de cambio se exprese «sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro» Nuestra opinión es que la fe notarial no puede cubrir la constitución de la hipoteca, ya que ésta, al tener carácter constitutivo la inscripción, escapa de su función y entra en el campo registral, donde debe ser el funcionario calificador quien extienda la nota, cuyos efectos, en nuestro criterio, examinamos a continuación.

En el Derecho italiano, el Tribunal de Casación, en Sentencia de 11 de mayo de 1953, reiterada en posteriores decisiones, mantiene el carácter constitutivo de la anotación hecha por el conservador. La doctrina italiana se ha decidido al respecto:

a) Un grupo de autores, entre los que destacan ASCARELLI, BIANCHI y CARROZZA, entiende con el Tribunal de Casación que la nota del conservador en la letra es una forma de publicidad integradora de la propia inscripción y que, por tanto, tiene ésta un valor constitutivo y es condición de eficacia de la hipoteca incluso en las relaciones entre partes.

b) Otro grupo (ANGELONI, DE MARCHI, MARIANI) opina que la anotación del conservador tiene un valor puramente declarativo, cuyo único fin es subordinar la adquisición de la garantía por terceros endosatarios a la adquisición de un título sobre el que literalmente resulte mencionada la garantía, sin que su omisión afecte a la válida constitución de la hipoteca *inter partes*.

c) Finalmente, un tercer grupo, entre los que destaca DOMENICO RUBINO, sigue una tesis intermedia, pues, de un lado, afirma el carácter constitutivo de la anotación que debe ser hecha por el conservador sobre la letra originaria en cuanto forma parte del complejo proceso de inscripción, pero, por el contrario, niega ese mismo carácter a la anotación que sirve para concatenar las letras en caso de renovación.

Nosotros, partiendo, como dice la Resolución de 1973, de que esta hipoteca está reconocida en nuestro Derecho de una manera incompleta e insuficiente, y en base al llamamiento a la actividad creadora y calificadora que hace la Dirección, nos inclinamos a considerar que dicha nota, si bien no tiene un carácter constitutivo en cuanto a la existencia de la hipoteca, sí lo tiene en cuanto a su naturaleza, es decir, que cuando la letra tiene nota extendida por el Registrador ello significa que por haber recaído sobre la misma la actividad calificadora, la fe pública registral se extiende a la misma, mientras que en caso contrario la fe pública sólo cubrirá a la hipoteca y no al título, surgiendo en tal supuesto una hipoteca de seguridad. En el primer caso será posible acudir a los procedimientos ejecutivos del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el extrajudicial del 129, 2.º, de la Ley Hipotecaria, aceptar la hipoteca unilateral por el titular cambiario, negociar la posposición de hipoteca, hacer constar en el Registro las renovaciones cambiales, etc. En suma, se trataría de una hipoteca ordinaria, en la que únicamente existiría la especialidad de que el titular no estaría registralmente determinado por sus nombres y apellidos, sino por la titularidad cambiaria. En el segundo caso sería una hipoteca de seguridad y, por tanto, habría de acudir a medios extrahipotecarios para demostrar la existencia, titularidad y cuantía del crédito, al que no se extendería

la fe pública, y que únicamente podría ser ejecutado en procedimiento declarativo o el ejecutivo cambiario.

En cuanto al funcionario que ha de extender dicha nota creemos que únicamente corresponde al Registrador, ya que es a él a quien se atribuye la calificación y consiguiente inscripción. No estimamos aplicable la Real Orden de 11 de octubre de 1922, ya que se refiere a títulos-obligaciones al portador.

El contenido de la nota podría ser: «Garantizado este título con hipoteca mediante escritura de fecha..., ante el Notario..., que se ha inscrito donde expresa la nota marginal del asiento de presentación número..., del Diario... de este Registro de la Propiedad, extendido el día. .».

c) *Elementos formales*

a) *La escritura: Especial referencia a pactos lícitos e ilícitos.*—La hipoteca cambiaria únicamente puede constituirse como voluntaria mediante el cumplimiento de los requisitos del artículo 145 de la Ley Hipotecaria, es decir, escritura pública que se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Dada la falta de normativa expresa que regule esta figura es evidente que la precisa y adecuada redacción de la escritura cobra una importancia superior a lo normal, como puso de manifiesto la Resolución de 10 de noviembre de 1925.

Es claro, y así lo hemos indicado, que deberán recogerse con la mayor precisión los datos identificativos de la cambial, siendo aconsejable para evitar omisiones la transcripción literal de la misma.

SANAHÚJA opina que como pactos esenciales de la escritura, además de los referentes a la responsabilidad máxima en relación con su afección hipotecaria cautelar por todo el tiempo obligatoriamente establecido para el pago de la totalidad del crédito, deberían limitarse dichos pactos a los de conservación y seguridad de la finca, y serían incongruentes cuantos se refieran al crédito en su titularidad, transmisibilidad, notificaciones, etc., por cuanto éste tiene su regulación por la letra de cambio, con su vida y legislación propias.

Es conveniente pactar que la constitución de la hipoteca no supone novación de las obligaciones cambiarias que la letra lleva consigo, las cuales quedan íntegramente subsistentes entre deudor y acreedor, conservando éste la totalidad de las acciones cambiarias y ejecutivas que de la letra o letras dimanen a su favor. En tal sentido se muestra GUIMERÁ PERAZA.

En cuanto al plazo de duración de la hipoteca, ROCA se inclina por

la fijación del mismo, que además debe ser limitado en tiempo, en contraposición a las hipotecas ordinarias o corrientes, fundándose sobre todo en la conveniencia de evitar dudas y confusiones que puedan dar margen a cuestiones, cosa muy posible cuando se trata de relaciones credituales de duración excesiva, todo lo cual redundaría en perjuicio del crédito territorial. GUIMERÁ opina que la fijación del plazo no es requisito indispensable al no venir exigido por precepto legal alguno, y que en la práctica casi nunca se fija un plazo concreto, remitiéndose unas veces a la duración que tengan las obligaciones mercantiles; que asegura, la hipoteca con inclusión del tiempo que abarquen sus renovaciones, bien estipulando una duración ilimitada, bien obligando al deudor a amortizar periódicamente cierta cantidad, dándose por vencida la hipoteca en caso de falta de pago de cualquiera de dichas cantidades, etc. (sobre este último pacto hablaremos después).

Nosotros creemos con PÉREZ JOFRE que si la hipoteca garantiza el pago de una letra o varias letras determinadas no hay necesidad de fijar plazo de duración, pues ya consta en la letra, y si es en garantía de una letra y sus renovaciones, hay que fijar máximo de cuantía y tiempo por el que se constituye la hipoteca.

Para evitar posibles dudas es igualmente conveniente pactar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley Hipotecaria, en orden a la cesión, como luego estudiaremos.

Los pactos referentes a la renovación, ejecución y cancelación los examinaremos después al estudiar estos apartados.

Quizá el pacto más frecuente es el relativo al vencimiento anticipado de la letra y, por consiguiente, de la hipoteca, en caso de no ser satisfecha a su vencimiento alguna de las letras, lo que provocaría el anticipado de las demás, o bien si no se cumplen las obligaciones pactadas en la hipoteca, como son la de tener la finca asegurada de incendios; daños que disminuyan su valor, salvo que se sustituya la garantía a satisfacción del acreedor; falta de pago de los impuestos que graven la finca, o cualquier otra semejante. Este pacto, perfectamente lícito cuando se trata de una obligación civil, choca con lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Comercio, según el cual «las letras de cambio deberán pagarse al tenedor el día de su vencimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 455», es decir, sin término de gracia o cortesía, y si fuese festivo el día del vencimiento, se pagará la letra en el precedente. Dado el carácter imperativo de este precepto, no son válidos los pactos de vencimiento anticipado. Así lo ha reconocido la Dirección General en la citada Resolución de 26 de octubre de 1973, basándose en «que tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del principal interesado, el tenedor—que en este caso es además acreedor hipotecario—, ya que no hay que olvidar

que al tener cada letra una vida independiente de las restantes y poder ser o no endosable, lo que puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, podrían éstos ignorar que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida».

CANO FERNÁNDEZ insiste en estos argumentos diciendo que si el titular de la hipoteca la da por vencida, al incumplirse cualquier obligación pactada, ¿qué es lo que reclama en el correspondiente procedimiento?, ¿el pago de una obligación que aún no es exigible? Lo que se garantizó con la hipoteca fue que la letra sería pagada al vencimiento y éste aún no ha llegado, ¿cómo podrá exigir tal pago? (5).

b) *La inscripción*.—Es requisito constitutivo de la hipoteca. El problema que aquí se plantea es a favor de quién se inscribe. (ROCA opina que debe inscribirse a favor del tenedor de la letra al tiempo de la constitución, con lo cual quedaría también inscrita a favor de los sucesivos tenedores o propietarios futuros.) Ya vimos las diferentes posturas mantenidas al examinar los elementos personales, por lo que evitamos aquí

(5) Es en este punto donde la Dirección General en la Resolución de 31 de octubre de 1978 introduce una importante novedad al admitir el pacto de vencimiento de la hipoteca «si las cambiales o cualquiera de ellas no fueran satisfechas a su vencimiento y protestadas por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás, siempre y cuando el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica». El criterio mantenido por la Dirección General nos parece erróneo por vulnerar preceptos imperativos del Código de Comercio, frente a los que no cabe la libertad de pacto del artículo 1255 del Código Civil, alegada por el Notario y admitida por la Dirección. La propia Dirección trata de curarse en salud, alegando que no entra, por no haber sido materia de recurso, «en la cuestión de la posible antijuricidad de la cláusula discutida motivada por el vencimiento anticipado de la hipoteca a causa del impago de una cambial». Conforme al viejo brocardo del *excusatio non petita, accusatio manifesta*, es claro que la Dirección no parece muy convencida de lo que afirma.

En efecto, el Registrador en su informe alegó que la cláusula vulneraba preceptos sustantivos, como son los artículos 452, 4.º; 455 y 488 del Código de Comercio, es decir, aquellos preceptos cambiarios que exigen una forma determinada para la emisión o giro de las letras y consecuentemente para la fecha o término de su pago, sin que la autonomía de voluntad pueda alterar estos preceptos cambiarios. No cabe, por tanto, emitir una letra de cambio a fecha fija y luego alterar dicha fecha en base a un documento distinto, cual es la escritura, y ello tanto si las letras están todas en mano del mismo tenedor como si no lo están. Tan es así que el propio Código de Comercio previendo la posibilidad de que un deudor no pague letras aceptadas a su vencimiento estableció el medio adecuado para defender al tenedor de otras letras contra el mismo deudor, y ese medio no es el vencimiento anticipado, sino el protesto de mejor seguridad, previsto en el párrafo 2.º del artículo 481 del Código de Comercio. Sólo cabe protestar la letra por falta de pago antes de su vencimiento en el supuesto de quiebra conforme al artículo 510 del Código de Comercio, y ello en base al principio legal de que en tal caso vencen todas las obligaciones a plazo del quebrado.

Como señala CANO FERNÁNDEZ, ¿si la letra no ha vencido, como exigir el pago? ¿Si la obligación garantizada no es exigible, qué es lo que se ejecuta? Creemos que nada y que, por tanto, no es admisible dicho pacto.

innecesarias repeticiones. Sólo agregaremos la opinión de MARTÍNEZ DE LA CUEVA, según la cual la hipoteca ha de entenderse constituida no sólo a favor del primer acreedor hipotecario, sino también a favor de los legítimos endosatarios o tenedores.

VI. DESENVOLVIMIENTO

a) *La renovación cambiaria*

Lo primero que debemos destacar en este problema es que ni el Código de Comercio ni mucho menos la Ley Hipotecaria dedican un solo precepto a su regulación. En principio, por consiguiente, no hay ninguna diferencia entre la letra originaria y la renovada.

La doctrina hipotecaria ha minimizado el problema. ROCA, por ejemplo, nos dice que el problema de las renovaciones de cambiales garantizadas con hipoteca se reduce simplemente a una cuestión de canje que para su efectuación regular requiere la práctica de las correspondientes notas de conexión y nada más. Para ello será necesario: que la hipoteca se constituya no sólo en garantía de la letra primitiva, sino también de sus futuras renovaciones; que en la nueva cambial se extienda nota expresiva de que renueva a la anterior, con indicación de la numeración de ésta y reproducción de la nota de constitución e inscripción de la hipoteca, y que, finalmente, se extienda nota al margen de inscripción de hipoteca indicando la renovación efectuada.

SAPENA nos dice que la garantía puede extenderse a las renovaciones de la letra, bien fijando una cantidad máxima por la que responde, bien, si así se expresa, sin alterar la responsabilidad por principal intereses y costos, como si de la misma letra se tratase siempre. La extensión de la hipoteca a la renovación de la letra exige que se pacte así expresamente, pues aunque no haya novación de la obligación, sí que hay renovación del título en que se plasma y por el que se constituyó la hipoteca. Por ello deben fijarse las condiciones de la renovación para evitar la garantía indefinida.

SANAHÚJA señala que en caso de renovación basta una diligencia en la letra renovada, en la que conste la garantía hipotecaria de que goza, y que dicha letra es continuadora de la número..., teniendo en cuenta que el plazo de la renovación no sobrepase del estipulado para el pago de la totalidad de las letras, o sea, de la duración de la afección hipotecaria para poder gozar de la protección de la misma.

CANO FERNÁNDEZ se inclina por la admisibilidad del pacto, que no choca con lo establecido en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, ya que

este artículo se refiere a convenios posteriores y no a los contenidos en la misma hipoteca. Si la letra renovada fuese de superior cuantía habría que rechazarla por ir contra el principio de especialidad, sin perjuicio de poder garantizar el exceso con una hipoteca de máximo. En cuanto al documento apto para recoger la renovación, estima este autor que si en la escritura se determinó la extensión de la hipoteca a las renovaciones, determinando un plazo máximo para las mismas, así como la cuantía, será el acta notarial, mientras que si en la escritura sólo se expresó que la hipoteca se extendería a las posibles renovaciones, sin más concreción, sería necesaria la escritura pública, por aplicación del artículo 144 de la Ley Hipotecaria. Finalmente, si la escritura no recogió este pacto, la hipoteca no se extiende a las renovaciones de la cambial.

Ha sido la doctrina mercantil la que con mayor profundidad ha estudiado el tema, incluso en sus repercusiones hipotecarias. Así, MUÑOZ PLANAS comienza por preguntarse qué es la renovación cambiaria, o dicho de otro modo, cuándo una letra de cambio puede ser identificada como renovación de otra, llegando a la conclusión de que la renovada debe reunir respecto a la primitiva dos requisitos de identidad: uno subjetivo y otro objetivo.

El requisito subjetivo supone que los elementos personales principales de la letra de renovación (librador, tenedor y aceptante) han de ser los mismos y por idéntico título de la letra renovada. No es necesario que intervengan otros elementos, como avalistas y endosantes.

El requisito objetivo hace referencia a la unidad causal que necesariamente debe existir entre la letra renovada y la de renovación, es decir, debe haber una total o parcial subsistencia *inter partes* de la misma relación crediticia fundamental que motivó la emisión de dicha letra. Si no se da esa subsistencia o si aun subsistiendo se han adicionado al débito originario otros existentes por título diverso entre las partes, no hay renovación de la letra. En definitiva, la letra renovada y la de renovación han de poseer en común, como causa inmediata, una misma relación fundamental y subyacente sobre la que sucesivamente se proyecta la finalidad solutoria de una u otra.

En todo caso, la renovación presupone letras de cambio en vigor y no extinguidas. Una letra perjudicada, lógicamente, no es susceptible de renovación.

En cuanto a los efectos de la renovación, cree MUÑOZ PLANAS que es una *quaestio voluntatis*, y que esta voluntad puede ser tanto de simple prórroga de la obligación primitiva, como de pago o novación de la misma. Dada la incorporación del derecho cambiario al título, es evidente que la sustitución obligacional está en función directa y exclusiva de la sustitución documental, de forma que sólo en tanto se dé una sustitución de

títulos podrá suponerse una voluntad novatoria. Por el contrario, si la letra primitiva es retenida por el acreedor hay acumulación de obligaciones, mas no sustitución, aunque la exigibilidad de la letra primitiva estaría supeditada a que la letra renovada resulte impagada a su vencimiento, pues si se pretendiese ejecutar antes, cabría alegar la excepción que establece el artículo 1.467, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (no haber vencido el plazo o no ser exigible la cantidad).

Respecto al modo de hacer constar en el Registro la renovación, considera MUÑOZ PLANAS aplicables los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238, 1.º, de su Reglamento, referentes al modo de hacer constar en el Registro el cumplimiento de condiciones suspensivas o de haberse contraído las obligaciones futuras. Esta aplicación tendría lugar de la siguiente forma:

a) Los interesados facultados para instar la anotación marginal son el deudor principal hipotecario y el tenedor actual de la letra, sin que se precise la intervención del tercero hipotecante no deudor, puesto que su voluntad de garantizar las renovaciones ya consta originariamente.

b) Será título suficiente el acta notarial o la solicitud privada con firmas legitimadas, en las que se expresen por los interesados la emisión de una nueva letra, que se describirá, en renovación de la originaria, y se pida expresamente la extensión de la nota marginal que recoja el cambio. En ambos casos se acompañarán la letra renovada y la de renovación, esta última con las firmas intervenidas por fedatario, para constancia ante el Registrador de que son las mismas personas que suscribieron la letra originaria.

c) El Registrador, en base a ello, extenderá al margen de la inscripción de hipoteca nota de la renovación efectuada, describiendo la nueva letra, y sobre la renovada anotará la declaración de que lo ha sido por otra emitida en tal fecha, por tal cantidad y con tal vencimiento, y al mismo tiempo sobre la nueva letra indicará que es renovación de la anteriormente garantizada, reproduciendo aquellos datos que exige el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

Una vez cumplidos estos requisitos, la letra renovada está garantizada hipotecariamente en los mismos términos que estuvo la originaria, cuya garantía hipotecaria decae paralelamente.

Otro problema que plantea la renovación es el de si cabe, aunque no se haya pactado expresamente. Algunos autores italianos, como BONELLI, SETTI, ANGELONI, afirman que la hipoteca se extiende a las renovaciones *ipso iure*, en base a que la renovación es una simple prórroga del vencimiento. En nuestra Patria, ROCA y SAPENA, no obstante adherirse a la idea de que la renovación es una simple prórroga, entienden que la reno-

lación sólo cabe en el momento de la constitución. MUÑOZ PLANAS se inclina por la posibilidad de la renovación, aunque no se haya pactado originariamente, en base a que los terceros acreedores no resultan perjudicados con la subsistencia de la hipoteca y, por el contrario, resultarían beneficiados con la postergación del rango derivada de la constitución de una nueva hipoteca, en detrimento de un acreedor que ostentaba frente a ellos un derecho preferente, lo cual sería injusto. En este caso es preciso, además de escritura pública, que el acreedor interesado conserve ambas letras para evitar la novación.

Como resumen de todo lo dicho hasta aquí estimamos:

1) Que la renovación debe pactarse expresamente en la escritura de constitución, y dicho pacto precisará del modo más concreto posible el plazo, cuantía y requisitos de la renovación.

2) Que como documentos aptos para recoger la renovación son admisibles los previstos en el artículo 238, 1.º, del Reglamento Hipotecario, debiendo acompañarse ambas letras, la originaria y la de renovación.

3) Que el Registrador después de calificar si existe o no auténtica renovación, así como la adecuación de la misma a lo estipulado, extenderá nota marginal en el Registro y notas en las letras, reflejando la renovación practicada.

4) Que si no se hubiese pactado originariamente es preciso escritura pública para que la renovación tenga acceso al Registro, debiendo otorgar dicha escritura, además del tenedor de la letra y del principal deudor (normalmente el aceptante), el hipotecante, ya que éste no consintió originariamente la renovación. Y en todo caso, una vez inscrita, no podrá perjudicar a terceros sino desde la fecha de la inscripción.

b) *La cesión o transmisión de la letra*

El problema se centra en si se considera o no aplicable el artículo 150 de la Ley Hipotecaria.

En base a los artículos 150 de la Ley Hipotecaria, 1.528 del Código Civil y 461 del Código de Comercio, entiende ROCA que la cesión por endoso de la letra de cambio produce automáticamente y sin más la transferencia de la hipoteca que garantiza su efectividad, quedando investido de dicha hipoteca el endosatario con el mismo alcance con que la tenía el endosante, sin que se trate propiamente de una adquisición de hipoteca por vía de cesión, ya que si así fuera las excepciones personales inherentes a la hipoteca oponibles al endosante lo serían también al endosatario. La cesión del crédito hipotecario por vía de endoso no debe hacerse constar

en el Registro, si bien no habría que impedir que el endosatario lo hiciese si así lo desea.

SAPENA también se inclina por la aplicación del artículo 150 de la Ley Hipotecaria y, consecuentemente, se cederá el crédito hipotecario por la transmisión de la letra conforme a las normas peculiares de la misma, sin necesidad de reflejo registral alguno. No cree dicho autor que sea obstáculo lo establecido en los artículos 8 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 27 de su Reglamento, que exigen la notificación al deudor e inscripción, exceptuando sólo a los títulos al portador, pero no a los endosables, y ello en base sólo a razones prácticas, pues de otro modo no tendría razón de ser esta hipoteca, aparte de que iría contra la naturaleza del documento garantizado.

VALLET se inclina por eliminar la notificación de la cesión, ya que el deudor sabe que está obligado al pago frente al legítimo tenedor.

CANO FERNÁNDEZ opina que si el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se remite al artículo 150 de la Ley Hipotecaria, no cabe duda que la norma aplicable a la cesión de créditos comprendidos en el artículo 154, es decir, a títulos transmisibles por endoso o al portador, es la del artículo 150, ya que ambas modalidades están expresamente comprendidas en el mismo.

La opinión contraria es mantenida por PÉREZ JOFRE, que estima no aplicable a estas hipotecas el artículo 150, habida cuenta de que el artículo 154, 2.º, exige determinados requisitos que no se pueden cumplir cuando se trata de cambiales y, por tanto, los créditos hipotecarios referentes a letras siguen el mecanismo legal y no deben transmitirse por el simple endoso.

GUIMERÁ PERAZA estima que dentro del derecho constituido es preferible configurar la cesión del crédito hipotecario como en las hipotecas ordinarias, pactando la renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito hipotecario.

La Dirección General, en su Resolución de 18 de enero de 1939, considerando 5.º, estableció «que la cláusula contenida en la escritura de constitución de la hipoteca no menciona la cesión del crédito hipotecario, de modo que no puede afirmarse con rigor preciso que la transmisión por endoso estaba consignada en la escritura y garantizada por la inscripción en el Registro, *ni podría legalmente hacerse esta declaración porque equivaldría a ser vulnerado por el Registrador el principio de tracto sucesivo, básico en nuestra Ley Inmobiliaria*». No hay que olvidar, sin embargo, que en esta época la Dirección era claramente contraria a la figura de la hipoteca cambiaria.

La Resolución de 26 de octubre de 1973 no ataca directamente este problema, pero en su considerando 1.º declara que la hipoteca cambiaria

está «explícitamente reconocida... en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria...», de lo que se deduce la aplicación de dichos artículos a esta hipoteca.

A nosotros nos parece que tanto si se considera que la hipoteca cambiaria está explícitamente reconocida en el artículo 150, como si se mantiene que dicha figura no tiene una regulación específica, hay que estar a lo dispuesto en el mismo. En el primer caso, por ser el precepto directamente aplicable, y en el segundo, por razón de analogía, figura hoy recogida expresamente en el artículo 4, 1.º, del Código Civil.

Tampoco hay que olvidar que existen ocasiones en que el endoso deberá reflejarse en el Registro como base de operaciones ulteriores, por ejemplo, en el supuesto de posposición de hipoteca, embargo de la letra o en caso, aunque sea teórico, de subhipoteca.

Todo lo dicho hasta aquí vale para la transmisión por endoso, pero no olvidemos que la letra puede ser objeto de una cesión ordinaria (herencia, fusión de sociedades, etc.), en cuyo caso estimamos aplicables los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria, y ello porque en tales supuestos se aplican las normas comunes de la cesión y no las mercantiles del endoso.

c) *El embargo, la subhipoteca y la posposición*

1) El artículo 491 del Código de Comercio dice que «el pago de una letra vencida hecha al portador se presumirá válido, *a no haber precedido embargo de su valor por auto judicial*». Y el artículo 1.447, 10.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declara embargables los créditos no realizables en el acto, entre los que habrá que incluir el importe de las letras no vencidas. Los artículos 2.128 y siguientes de dicha ley regulan el embargo provisional de una letra de cambio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1933 aclara que el embargo de la letra o de su valor, a que se contrae el artículo 491 citado, no puede hacerse con independencia del documento o documentos que individualizan su importe y de las personas que las poseen legítimamente. Y de acuerdo con esta doctrina, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 25 de noviembre de 1965 considera no válido el pago hecho al tenedor legítimo al vencimiento de la letra cuando se ha embargado previamente, notificándose dicho embargo al tenedor y al aceptante de la letra.

El problema que se nos plantea es el de que el embargo y posterior adjudicación judicial son en realidad, como dice HERNÁNDEZ JUAN, una cesión y, por tanto, le son aplicables las normas de la cesión contenidas en los artículos 347 y 466 del Código de Comercio, es decir, será necesario

poner en conocimiento del deudor la transferencia, y desde que tenga lugar la notificación no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere al nuevo acreedor, no siendo ya posible el endoso, y si no obstante se hiciere, no tendrá otra fuerza que la de una simple cesión.

¿Cabe tomar anotación preventiva del embargo? Los que consideran que estamos en presencia de una hipoteca de seguridad, se inclinarán por la tesis negativa, ya que la hipoteca no cubre el crédito, y éste es el embargado. Por el contrario, si entendemos que la hipoteca cubre la existencia y cuantía del crédito como nosotros propugnamos, es evidente que cabría tomar esta anotación. Consecuencia de ello es que si el titular de la letra pretendiese cancelar la hipoteca una vez anotado el embargo, debería aplicarse el mismo criterio que para las subhipotecas establece la regla 4.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, es decir, el consentimiento del anotante o consignación de la cantidad asegurada por la anotación si fuera igual o inferior a la garantizada por la hipoteca.

En el mandamiento judicial de embargo habría de identificarse con toda exactitud la letra, para que el Registrador pudiese calificar sin lugar a dudas que es la misma garantizada con la hipoteca, y declararse de modo explícito que el embargado es el tenedor legítimo de la misma.

2) La subhipoteca y la posposición plantean como problema específico acreditar la titularidad de la letra, lo cual resultará de la tenencia legitimada por la cadena de endosos (si se trata de transmisión cambiaria) o por el título sustantivo (en caso de herencia, adjudicación, fusión, etc.). En todo caso será necesario acompañar la propia letra al objeto de extender en ella nota de la operación realizada, la cual servirá de advertencia a posibles futuros endosatarios o cesionarios.

d) *Notificaciones*

En caso de ejecución de una hipoteca preferente, así como cuando se ejecutan sólo alguna o algunas de las letras garantizadas, se plantea el problema de a quién notificar dicha ejecución. Desde el punto de vista del Derecho constituido, el problema es insoluble.

ROCA, al que prácticamente siguen los demás autores, se inclina por la solución prevista en el Derecho italiano, es decir, que tales notificaciones o citaciones se hagan a quien según el Registro intervino como propietario de la letra de cambio al tiempo de la constitución, o al endosatario ulterior que hubiese hecho constar en el Registro su condición de tal. Esta solución la califica el propio Roca como no del todo satisfactoria, si bien es la única racionalmente posible. En todo caso estima que ello no impedirá que quien entonces sea poseedor legítimo de la letra pueda, acreditándolo, intervenir en el procedimiento correspondiente.

CANO FERNÁNDEZ, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estima conveniente que la notificación se realice además por edictos, publicados en el tablón de anuncios del Juzgado, así como en un periódico de la provincia.

Por nuestra parte, creemos más conveniente la notificación en el domicilio que a estos efectos se fije en la escritura, ya que el tenedor de la letra puede y debe conocer este domicilio y, por consiguiente, podrá habilitar los medios para que las posibles notificaciones lleguen a su conocimiento.

VII. EJECUCIÓN

a) *Título*

PÉREZ JOFRE opina que el título ejecutivo será la copia del acta del protesto de la letra impagada, acompañada de la copia de la escritura de constitución de la hipoteca debidamente inscrita. Esta opinión, apoyada por GUIMERÁ PERAZA, parece recogida en la Resolución de 31 de enero de 1925, según la cual «la necesidad de un título inscribible para constituir una hipoteca en garantía de una letra de cambio no priva a la aceptada y protestada sin tacha de su carácter de documento que lleva aparejada ejecución». En este caso puede solicitarse y es conveniente hacerlo. la extensión de la nota marginal que previenen los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, haciéndose constar en ella el protesto de la letra en cuestión, cosa que la Resolución de 30 de abril de 1934 declaró procedente, «sin perjuicio de que los Tribunales puedan declarar en su día si tales responsabilidades se hallan o no cubiertas por la garantía». Evidentemente, estas ideas se basan siempre en la consideración de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad.

ROCA señala que para la ejecución hipotecaria por letras de cambio hay que acompañar con la escritura de constitución de la hipoteca, la letra o letras en las que conste la aceptación, pues según el artículo 495, 1.º, del Código de Comercio, las letras aceptadas se pagarán precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación, y no hay que olvidar que el proceso ejecutivo persigue el pago de las mismas.

SAPENA es el autor español que con más profundidad ha estudiado el tema. Partiendo igualmente de la tesis de hipoteca de seguridad, cita a la Resolución de 5 de marzo de 1929, según la cual, «la escritura de constitución de una hipoteca de máximo no es por sí sola título ejecutivo, toda vez que no acredita de un modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda». Por ello entiende que para ejecutar la hipo-

teca habrá de probarse: 1) la constitución de la hipoteca; 2) la titularidad del crédito; 3) el vencimiento de la obligación.

1) *Prueba de la constitución.*—Por analogía con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, será prueba de haberse constituido la hipoteca, la certificación registral, aunque también lo sería la copia de la escritura pública con nota de inscripción, al amparo del artículo 131, regla 3.ª, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

2) *Prueba de la titularidad del crédito.*—Es necesario presentar la letra y acreditar la legítima titularidad, aunque estima admisible despachar ejecución en base a un duplicado exacto de la letra en el estado de ésta al tiempo de constituir la hipoteca, incluso aunque no se haya pactado expresamente, ya que quien hipotecó en garantía de una cambial ha de atenerse a las consecuencias propias de la naturaleza y configuración legal de este título, entre las cuales está la posibilidad de emitir duplicados. No cabe, en cambio, despachar ejecución en base a las copias, pues éstas carecen de valor por sí. La titularidad resultará normalmente de la cadena de endosos, o excepcionalmente del negocio jurídico que enlaza con el último tenedor de la letra (herencia, adjudicación...).

3) *Prueba del vencimiento.*—Es el acta de protesto, la cual acredita el cumplimiento de la diligencia del acreedor de presentar la letra al cobro.

Se discute si exime dicha acta de hacer requerimiento de pago. SApENA cree que si el librado, el deudor hipotecario y el tercer poseedor de la finca hipotecada fueren tres personas distintas habrá de requerirse el protesto al librado, y el pago al hipotecante y al tercer poseedor. Si el librado y el deudor hipotecario fueren el mismo, el protesto dispensa del requerimiento, pues expresamente le conceden sus efectos los artículos 1.429, 4.º, y 1.431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los mismos pueden reconocérsele apoyándonos en el artículo 131, 3.ª, 3.º, si bien el protesto deberá reunir los requisitos que exige el precepto hipotecario. Por último, si se identifica librado y tercer poseedor es aplicable la misma doctrina, es decir, que el protesto suplirá el requerimiento exigido por el artículo 126 de la Ley Hipotecaria para el procedimiento ejecutivo, y por el artículo 235, 2.º, del Reglamento Hipotecario para el extrajudicial, siempre que se entienda con las mismas personas que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del protesto no se exige constancia alguna registral, salvo que en la hipoteca se hubiese pactado otra cosa.

b) *Procedimiento*

GUIMERÁ, de acuerdo con su tesis de hipoteca de máximo, señala que no es posible pactar el procedimiento judicial sumario ni tampoco el extrajudicial, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la Dirección General (Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 15 de febrero de 1926 y 3 y 4 de marzo de 1952). Habría, por consiguiente, que acudir al declarativo o el ejecutivo ordinario.

ROCA, partiendo de igual tesis, llega a la misma conclusión, es decir, que no es posible el judicial sumario, ya que el artículo 155 de la Ley Hipotecaria alude únicamente a títulos nominativos o al portador, por lo que sólo podría utilizarse el procedimiento ejecutivo ordinario, con aplicación de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

SAPENA, no obstante defender la tesis de la hipoteca de seguridad, se inclina por la utilización del procedimiento judicial sumario, salvo que se ejecute la letra renovada, y aun así lo admite: 1) cuando el acreedor sea una entidad bancaria, en cuyo caso podría justificarse la renovación por medio de certificación bancaria, extendiendo el supuesto del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, lo cual ya admitió en algún caso la Dirección General (Resolución de 16 de junio de 1936); 2) cuando la renovación conste en el Registro por alguno de los medios que antes examinamos. No cabe, según este autor, el procedimiento judicial sumario en el caso de duplicados de la letra, salvo que en la propia inscripción esté reseñado el duplicado, pues aunque también conste la primera letra nos encontraríamos ante una obligación real alternativa: la finca responderá ante el primero que ejecute. Igualmente admite el procedimiento extrajudicial, ya que la imperatividad del artículo 155 de la Ley Hipotecaria afecta únicamente a los títulos valores emitidos en masa.

CANO FERNÁNDEZ entiende aplicable a la hipoteca cambiaria el artículo 155 y, por consiguiente, no debe admitirse el procedimiento extrajudicial dados los términos imperativos con que se pronuncia la ley.

La Dirección General, en la Resolución de 26 de octubre de 1973, admite expresamente el pacto de someterse al procedimiento judicial sumario, alegando que en estas hipotecas se determina con exactitud la cantidad básica reclamada sin posibilidad de variación y sin necesidad de acudir a medios externos para su determinación, por lo que al constar en los libros registrales tienen los terceros conocimiento exacto de la misma (6).

(6) También se admite la posibilidad de este procedimiento en la Resolución de 31 de octubre de 1978, si bien exige que, en el supuesto de varias letras de cambio, se aporten, además de los documentos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada». Ya hemos comentado que,

Nosotros, consecuentes con la postura de que la hipoteca cambiaria es más una hipoteca ordinaria que una hipoteca de seguridad, mantenemos la posibilidad de utilizar el procedimiento judicial sumario, si bien en el mismo no podrían alegarse las excepciones cambiarias, que habrían de ventilarse en el correspondiente juicio declarativo, por aplicación del artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

VIII. CANCELACIÓN

El artículo 156. 1.º, de la Ley Hipotecaria exige para la cancelación de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso «escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual debe constar haberse inutilizado en el acto del otorgamiento los títulos endosables o solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, a la cual se acompañen inutilizados los referidos títulos, o bien ofrecimiento y consignación del importe de los títulos, hecha en los casos y con los requisitos prevenidos en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

ROCA se limita a comentar que la cancelación no plantea problemas, ya que de este precepto pueden sacarse normas aprovechables. Siguiendo la doctrina del artículo 2.887 del Código italiano, estima que la cancelación de la inscripción de hipoteca cambiaria provoca la caducidad de la posible acción de regreso, y ello por aplicación analógica del artículo 1.852 del Código Civil, según el cual los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. En el caso de hipoteca en garantía de varias letras de cambio es posible la cancelación parcial, subsistiendo la hipoteca en cuanto a las letras no pagadas, conforme al artículo 227 del Reglamento.

SAPENA señala como procedimiento normal el consentimiento formal del titular de la letra, que deberá exhibir al Notario la misma, probando la titularidad conforme a Derecho. También admite como medio la presentación por el constituyente de la cambial junto con los duplicados previstos en su caso, ya que la tenencia de la misma justifica su pago, junto con la correspondiente solicitud de cancelación, aunque más claro será que en la letra conste el recibí del último tenedor, que la misma esté endosada al hipotecante o que la solicitud sea firmada por ambos.

a nuestro juicio, no cabe vencimiento anticipado de la letra de cambio y que, por consiguiente, mal se podrá exigir el pago por vía ejecutiva de una obligación no vencida. Quizá el error proceda de la confusión entre el vencimiento cambiario y el de la relación subyacente, en la que sí cabe pactar el vencimiento anticipado. Pero no olvidemos que la hipoteca cambiaria no garantiza la relación subyacente y sí únicamente la cambiaria.

En cuanto a la cancelación parcial, cree SAPENA que si se ha pactado la división de responsabilidad, incluso en lo que a la finca atañe, nos encontraremos ante tantas hipotecas como letras, por lo que no habría obstáculo para la cancelación de cada una por separado. Por el contrario, si aun detallándose el monto total de responsabilidad por cada letra, no se ha dividido expresamente la hipoteca, ésta debe continuar incólume en su responsabilidad total por cada cambial, sin que de cancelación parcial pueda hablarse, ya que el artículo 156 sólo prevé la cancelación parcial para los títulos al portador.

Como procedimiento para evitar todos los problemas de la cancelación señala SAPENA fijar un período de vida a la hipoteca, pasado el cual caduca la inscripción y podría ser cancelado a instancia de cualquier interesado. No parece factible esta idea, ya que choca con el plazo de prescripción del artículo 128 de la Ley Hipotecaria, con el carácter rogado de nuestro Derecho y con el carácter imperativo de las normas cancelatorias, lo cual hizo que la Dirección General, en Resolución de 11 de diciembre de 1974, lo rechazara para cancelar una condición resolutoria, e igual criterio habría que mantener en este caso (7).

CANO FERNÁNDEZ pone de manifiesto la dificultad para cancelar si la hipoteca fue constituida por el librador u otra persona, ya que carecerá de la cambial, que obrará en poder del librado como justificante de pago, y tampoco conocerá quién fue el último tenedor que percibió su importe para que firme la correspondiente solicitud u otorgue la escritura de cancelación. Este autor cree que la solución sería señalar un plazo de caducidad, criterio que él mismo rechaza por infracción del artículo 128 de la Ley Hipotecaria, por lo que cree que no queda otro recurso que acudir al librado, el cual le será conocido, para obtener la letra y con ella el conocimiento del último tenedor.

(7) La Resolución de 28 de noviembre de 1978 ha dado un giro de ciento ochenta grados, permitiendo la inscripción del pacto que prevé una cancelación de oficio (preferimos esta expresión a la de cancelación automática) de una condición resolutoria por haber transcurrido el plazo previsto por las partes. Intenta justificar la Dirección su cambio de postura alegando que en este supuesto se discutía no la caducidad del asiento (lo que no queda al arbitrio de las partes), sino que se trata de evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que según los propios asientos del Registro está extinguida. Una lectura detenida de ambas Resoluciones nos inclina a la tesis del Registrador, confirmada por el Presidente de la Audiencia, de que el supuesto examinado es el mismo, y que la nueva razón alegada por la Dirección existía también en la Resolución de 1974. Han sido, una vez más, razones de índole práctica, como se reconoce en los considerandos segundo y tercero, los que han impulsado a la Dirección a variar de rumbo. Es dudoso, no obstante, que este criterio se pueda trasladar a la hipoteca en garantía de títulos endosables, dados los términos del artículo 156 de la Ley Hipotecaria y 211 del Reglamento, por lo que habrá que esperar para ver si se confirma este nuevo criterio de la Dirección o si, por el contrario, vuelve a cambiar como nos tiene acostumbrados últimamente.

También cree CANO FERNÁNDEZ posible la cancelación parcial, basándose en la Resolución de 26 de octubre de 1973, que admite «la ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las cambiales que hayan ido a la ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario». Luego si por vía de ejecución cabe la cancelación parcial, no habría inconveniente en que quepa esta posibilidad por vía de pacto.

Si se tratase de hipoteca unilateral y no se hubiera puesto en circulación la letra bastaría, según CANO, declaración del librador de que el título no ha sido puesto en circulación, acompañada de la letra, que sustituiría a la certificación de contabilidad y publicación de anuncios que exige el artículo 156.

En caso de pérdida de la letra cabe distinguir: 1) Si es antes del pago, el deudor puede obtener la cancelación por el procedimiento de la consignación. 2) Si fuese después del pago se plantea un grave problema, ya que el deudor carece del documento justificativo del mismo, por lo que sólo cabe acudir al juicio declarativo correspondiente, al menos en Derecho constituido.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA

Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Burgos

BIBLIOGRAFIA

SAPENA, TOMÁS: «Hipoteca cambiaria» (*Revista de Derecho Mercantil*, 1956).

GUIMERÁ PERAZA: «Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio» (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1954).

SANAHUJA, TOMÁS: «La hipoteca cambiaria es actualidad en función de acceso a la propiedad» (*Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1971, pág. 744).

MUÑOZ PLANAS: «La renovación cambiaria» (*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, 1971).

ROCA SASTRE: «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria» (*Centenario de la Ley del Notariado*).

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1941, pág. 777.

PÉREZ JOFRÉ: «Letra de cambio e hipoteca» (*Nuestra Revista*, núms. 722-723, páginas 90 y 91).

Revista de Derecho Notarial, núms. 9-10, págs. 476, 477, 481 y 482

HERNÁNDEZ, JUAN: *Letra de cambio* (tomo I, 2-4-3).

DOMENICO RUBINO: «Sulla natura dell'ipoteca cambiaria» (*Studi Messineo*, 1959).

CHICO ORTIZ: «Precio aplazado, letra de cambio y condición resolutoria» (*Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1976).

Diversos temas de oposiciones entre Notarios.



JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

POR EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

JURISPRUDENCIA REGISTRAL. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO DE 9 DE FEBRERO DE 1979 (R-78-213. PONENTE, MAGISTRADO SR. JORGE DIAZ CRUZ — Pascual vs. Fernández & Berens Mortgage Bankers, Inc.).

No recuerdo en dónde pude leer que el mal de nuestros tiempos deriva de que hemos perdido la capacidad de asombro. Felizmente (?), el Tribunal Supremo de Puerto Rico parece decidido a combatir dicho mal, pues no pierde oportunidad de asombrarnos por medio de sus resoluciones y sentencias. Que tal labor se la ha tomado a pecho es claro con solamente ojear (si bien con frecuencia sería suficiente hojear) sus decisiones. De hecho, el año que terminó no parece ser nada respecto del que está en curso, si mantiene la tónica de la sentencia que es objeto del presente comentario. Sentencia que parece estar directamente influida por el nefasto Juez Woolf, ya que responde perfectamente a los cánones tan particulares con que este Magistrado acostumbra a aplicar un sistema jurídico que nunca en su vida se molestó en conocer.

Los hechos del caso pueden exponerse, y nunca mejor modo, recurriendo a la copia de lo que en la propia sentencia se dice, ya que si faltase relación de hechos será defecto atribuible, como siempre, al propio Tribunal por no exponerlos; si, como parece presumible, la relación es completa, porque no se pueda decir que la referencia es inexacta. Y, como ha de verse, la exactitud es imprescindible.

LA SENTENCIA

En su intervención por vía de demanda enmendada de tercería e injunción (*sic*) alega la recurrente, Berens Mortgage Bankers, Inc. (Berens), que el 30 de enero de 1974, mediante escritura número 51 ante el Notario Licenciado José Garrido Monge, el recurrido, Reinaldo Pascual, y su esposa, Sara Domingo, vendieron a los esposos Francisco Fernández Sierra y Yolanda Llopatéqui, por precio de \$ 55.000, un solar de 554,86 m/c. y casa de concreto en la Urbanización San Fernando, del Barrio Monacillos de Río Piedras, y que por escritura número 52, de igual fecha y ante el mismo Notario, los

compradores constituyeron *primera hipoteca* (énfasis del original) sobre la citada finca urbana en garantía a Berens de pagaré evidencia de préstamo por \$55.000, que ésta les facilitó para pagar el precio; que al día siguiente, 31 de enero de 1974, los compradores y deudores, Fernández Sierra y esposa, otorgaron la escritura número 4 ante el Notario Licenciado Alberto Sepúlveda sobre constitución de hipoteca garantizando un pagaré al portador por la cantidad de \$5.300, que entregaron a su vendedor, Reinaldo Pascual; que esta segunda hipoteca fue presentada en el Registro de la Propiedad el 8 de febrero de 1974, y la de Berens se presentó el 26 del mismo mes y año, resultando el crédito de ésta postergado al inscribirse como segunda hipoteca, detrás del de Pascual, que fue inscrito como primera en estricto orden de presentación; que en 26 de enero de 1977, Pascual radicó demanda contra sus compradores y deudores, en cobro de \$2.650 e intereses, importe del segundo plazo de su pagaré hipotecario; obtuvo sentencia en rebeldía y procedió a la ejecución del inmueble llegando hasta la subasta, en que compareció como único licitador, la cual fue anulada por falta de notificación a los acreedores posteriores, y que subsanado el error y de seguirse la ejecución con nueva subasta, Berens no tendría más remedio para proteger su crédito que pagar la acreencia de Pascual, erogación y desembolso adicional que no fue contemplado en su préstamo a los compradores. Termina solicitando la suspensión de la subasta y el reconocimiento de su hipoteca como primera y preferente gravamen sobre la referida finca urbana.

A la demanda de Berens siguió su moción de sentencia sumaria, en la que incorpora los hechos esenciales de la primera, destacando el hecho de que *fue intención y propósito de todas las partes en esa negociación, vendedores, compradores y Berens, sin cuya condición ésta no hubiera facilitado el préstamo, la de que la hipoteca a favor de Berens tuviera rango de primera hipoteca, como es costumbre en estos casos, y añade:*

El demandante, Reinaldo Pascual, que es el tenedor del pagaré por \$5.300, y que como tal inició la ejecución origen de este expediente, no puede considerarse como tercero de buena fe, porque si bien no intervino en el contrato de hipoteca en garantía de ese pagaré, Pascual tenía conocimiento de los pactos o convenios habidos entre las partes en la oportunidad en que él vendió su casa, en el sentido de que la hipoteca de Berens debía tener el concepto de primera hipoteca.

El señor Pascual no puede acogerse a los beneficios que concede la ley a los terceros y al principio de primero en tiempo, primero en derecho, sabiendo, como sabía, que la hipoteca de Berens tenía que ser preferente a cualquiera otra de fecha posterior.

El señor Pascual pretende aprovecharse del descuido o falta de diligencia de Berens en llevar con rapidez al Registro la copia certificada de su escritura de hipoteca, y se apresuró en llevar la suya, que era de fecha posterior, a fin de que se inscribiera con anterioridad, convirtiendo así, desde el punto de vista registral, en primera hipoteca la que debió tener el rango de segunda.

Pascual tenía conocimiento, fuera del Registro, de la disconformidad entre lo que aparece del Registro y que era la realidad extrarregistral, circunstancia ésta que lo priva del requisito de la buena fe. El sabía de la verdadera situación jurídica de su derecho de hipoteca, la cual no se reflejaba exactamente en el Registro.

En su contestación a la demanda de tercería de Berens, el vendedor Pascual no contravierte la alegación esencial de que al otorgar escritura de compraventa fue enterado y aceptó que la hipoteca garantizando el préstamo de Berens para pago del precio tendría rango de primera, por lo que debe considerarse admitida (1). A igual conclusión es forzoso llegar examinando el escrito de oposición por el demandante Pascual a la solicitud de sentencia sumaria de Berens, en la cual tampoco niega (2) los párrafos arriba transcritos, en los que se le imputa falta de buena fe excluyente de toda condición de tercero. Ha descansado exclusivamente en la teoría de que nuestra decisión en *Ponce Federal Savings vs. Registrador*, 105, D.P.R., 486 (1976) no permite cuestionar la buena fe de quien gana prioridad con la simple presentación en el Registro.

El 11 de mayo de 1978, la Sala de San Juan del Tribunal Superior dictó sentencia sumaria desestimando la reclamación de Berens y ordenando la continuación de la ejecución de sentencia obtenida por Pascual. Al recurso de revisión de la tercerista Berens notamos inaplicación de *Ponce Federal Savings*, supra, y el 29 de septiembre de 1978 expedimos la siguiente orden:

Se concede al demandante-recorrido un término, a vencer en 13 de octubre de 1978, para que muestre causa () por la que no deba ordenarse la paralización de los trámites de ejecución de sentencia en el caso civil número 77-485 de la Sala de San Juan del Tribunal Superior, dejar sin efecto la sentencia dictada en 11 de mayo de 1978 contra el tercerista Berens Mortgage Bankers, Inc., y remitir el caso al Tribunal de Instancia para ventilar la cuestión de si el demandante es o no tercero de buena fe por haber tenido conocimiento de los pactos o convenios habidos entre las partes en el acto de la venta de la propiedad objeto del pleito, en el sentido de que la hipoteca constituida a favor del tercerista Berens habría de tener el rango de primera hipoteca y, por tanto, ser preferente a la hipoteca constituida a favor del demandante recurrido.*

La contestación del recurrido Pascual sigue aprisionada en el argumento de que el ser o no ser el primer presentante un tercero de buena fe es cuestión irrelevante a la prioridad conferida a quien primero llega al Registro.

Empezaremos por recordar que *Ponce Federal Savings vs. Registrador*, supra, se resolvió en el limitado cauce del recurso gubernativo, en el cual nunca se suscitó, pues no lo permite dicho procedimiento, cuestión alguna sobre tercero de buena fe. Allí no fue parte el primer presentante y el recurso fue finalmente desestimado por aparecer que la Registradora no restó valor legal a los documentos del Banco, ni tenía facultad para adjudicar rangos diferentes a los que resultan del automatismo dictado por la cronología (3) de la presentación. Por igual razón de no cuestionarse la buena

(1) Regla 6.4 de Procedimiento Civil. Consecuencias de no pagar.

«Las aseveraciones contenidas en cualquier alegación que requiera una alegación respondiente y que no se refieran al monto de los daños, se tendrán por admitidas si no se negaren en la alegación respondiente.»

(2) Regla 36.5 de Procedimiento Civil: « cuando se presente una moción solicitando que se dicte sentencia sumaria y se sostenga en la forma provista en esta Regla 36, la parte contraria no podrá descansar solamente en las aseveraciones o repulsas contenidas en sus alegaciones, sino que vendrá obligada a contestar en forma tan detallada y específica como lo hubiere hecho la parte promovente, exponiendo aquellos hechos materiales que cree que intenta probar. Si no contestare bajo juramento, deberá dictarse sentencia en su contra».

La «orden para mostrar causa» provoca, entre sus efectos, que el asunto es visto por el Juez que expide dicha orden, no yendo el asunto a ulterior reparto.

(3) *Ibid*, pág. 493.

fe del presentante, tampoco sostiene al recurrido lo resuelto en *Riera vs. Registrador de San Juan-I*, 23, D.P.R., 540, 545 (1916).

La extensión del asiento de presentación es operación obligada para el Registrador si el título reúne los requisitos necesarios para practicarla. Sin embargo, la eficacia del principio *prior tempore, potior jure*, en cuanto se proyecta más allá de la formalidad que otorga una preferencia automática a quien primero llega al Registro; está supeditada al principio de la fe pública registral y, como dice ROCA-SASTRE (4), *concretamente a la necesidad de que el favorecido por la prioridad reúna la condición de tercero hipotecario*. El ilustre comentarista, al afirmar que el principio de fe pública condiciona material o sustancialmente, aunque no formal u objetivamente, al de prioridad, dictamina: *En el orden formal o adjetivo, esto es, en lo relativo al procedimiento registral o modo de proceder el Registro, éste sólo ha de tomar en consideración el principio de prioridad, pues la fe pública es materia ajena al Registrador y, por tanto, únicamente ha de tener presente el orden de presentación de los títulos o actos registrables. Pero en el aspecto material o sustantivo, esta rigidez cronológica quiebra cuando el favorecido por el principio de prioridad no está protegido a su vez por la fe pública del Registro* (5).

En nuestro sistema inmobiliario registral, que es de inscripción, a diferencia de los sistemas de transcripción, que concentran la energía protectora en el solo hecho de acudir antes a registrar, el principio de prioridad cede al de fe pública del Registro erigida en torno a la figura del tercero de buena fe. El rango o preferencia excluyente obtenido con la presentación al Registro, a tenor del principio de primero en tiempo, primero en derecho, no es final e irreversible. Hay un recurso a los Tribunales de Justicia para litigar las cuestiones que afecten la virtualidad o legitimidad de la preferencia ganada en el Registro. La aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que regula los derechos de tercero, es de la exclusiva competencia de los Tribunales.

En el decurso del tiempo, nuestra jurisprudencia se ha enriquecido con precedentes valiosos, que en observancia del rigor científico de nuestro Derecho inmobiliario ha elevado y sobrepuesto la calidad de tercero civil en plano superior al tercero hipotecario, reflejo inevitable del más vasto orden moral y jurídico realizado en el Código Civil, que no alcanza la mecánica externa, y en sustancial grado formalista, del Registro de la Propie-

(4) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo 2, pág. 157.

(5) A renglón seguido ROCA SASTRE, *ibid.*, amplía con el ejemplo

«Y así, en el caso clásico de la doble venta de una finca, si el segundo comprador inscribe su título, adquisitivo pero carece de buena fe, por ser conocedor de la venta primera, o bien la inscribe por vía de inmatriculación por no estar inmatriculado en el Registro la finca vendida, en ambos casos, si el primer comprador reacciona impugnando, por estos motivos, judicialmente la segunda venta y solicitando la cancelación de la inscripción correspondiente, la misma se derrumbará con su asiento, y con ello dejará de operar el principio de prioridad, pudiendo inscribir el primer comprador su título adquisitivo por virtud de la compraventa. Esto será debido a que el segundo comprador verificó una adquisición *a non domino* que no es mantenida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque este último precepto exige, para mantener tal adquisición, que el adquirente sea tercero hipotecario, condición ésta que no puede ostentar por faltarle en un caso el requisito de la buena fe y en el otro por no haber adquirido del titular registral».

Lo mismo ha de entenderse cuando el titular registral vende primero su finca y después hace donación de la misma, inscribiéndose ésta, pues en este caso la prioridad a favor del donatario cederá ante la presión del comprador perjudicado, por cuanto aquél por no ser adquirente a título oneroso, no será protegido por dicho mismo artículo 34 de la Ley.

Tampoco podrá prevalecer de la prioridad registral el comprador que conozca el hecho de que el vendedor impuso un gravamen que no llegó a inscribirse sobre la finca comprada, o si tal comprador es un inmatriculante, o si en vez de comprador es un donatario» ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.ª ed. (1968), págs. 157-158. (Énfasis en el original.)

dad. CASTÁN percibe como nota predominante del Derecho civil la presencia de un elemento y un carácter interno de índole racional y moral: su contenido legitimador, su justicia, es decir, su conformidad con la idea de justicia o, cuando menos, como dicen algunas direcciones modernas, su orientación o tendencia a lo justo. Esta exigencia racional o exigencia de justicia, consustancial al Derecho natural, es de rigor también para la existencia del Derecho positivo. Para que el estatuto positivo de la vida colectiva sea legítimo no basta que un orden cualquiera sea por él establecido; hace falta, además, que este orden sea puesto al servicio de la idea de la justicia, valor supremo que constituye la finalidad y razón de ser del Derecho. En definitiva, este elemento, más que ningún otro, es el que da su sentido específico a la noción del Derecho (6).

Este Tribunal ha puesto el ordenado acceso al Registro al servicio de la idea de la justicia, sentenciando que no puede considerarse tercero aquel que tiene conocimiento al adquirir el inmueble de las cargas que lo afectan, aunque no haya intervenido en el contrato inscrito [*Valdés vs. Del Valle et al.*, 1, D.P.R., 25, 32 y sigs. (1899), confirmado en *Cuebas vs. Banco Territorial y Agrícola et als.*, 19, D.P.R., 1171, 1174 (1913)]; sin honrada intención no es factible acogerse al premio que el artículo 1.362 del Código Civil otorga al primero de los dos compradores de una misma cosa raíz que llega primero al Registro de la Propiedad [*Abella vs. Antuñano*, 14, D.P.R., 498, 505 (1908)]; con GÓMEZ DE LA SERNA, que «[n]o tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa y sabiendo, por tanto, y de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra o por cualquiera otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro para que, con arreglo al artículo 17, no pueda ya inscribirse aquélla en que él intervino como escribano o como testigo. Favorecer esta adquisición tan de mala fe, en perjuicio del que adquirió la misma cosa con buena fe, no sería moral ni justo: si prevaleciera, se abriría ancha puerta a lamentables abusos» [*Ninliat vs. Suriñac et al.*, 24, D.P.R., 67, 76-77 (1916)]; así, la buena fe es uno de los requisitos que debe reunir el tercer adquirente para poder gozar de las ventajas que reporta el principio de la fe pública, y con ROCA SASTRE, «[l]a circunstancia de que el tercero haya adquirido de buena fe, como presupuesto necesario para la protección registral, es cosa embebida dentro del importante principio de la fides pública registral... Buena fe, en el sentido técnico aquí empleado, es el desconocimiento por el tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro. Es la ignorancia de la inexactitud registral, entendida ésta en sentido amplio» (énfasis en el original) [*Mundo vs. Fuster*, 87, D.P.R., 363, 376 (1963)]; «pero ese solo hecho no le da la protección hipotecaria que invoca. Hay que adicionarle su estado de buena fe civil..., aquel que demuestra que el posterior adquirente no tenía conocimiento fuera del Registro de la desconformidad de los hechos entre lo que aparece del Registro y lo que pudiera ser la realidad» [*Sánchez vs. Colón*, 97, D.P.R., 493, 497 (1969)], y por voz del Juez Jacinto Texidor, «el Tribunal Supremo de España en buen número de decisiones ha declarado que aquél que conoce la existencia de un grava-

(6) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1, vol. 1, pág. 55, 10.ª ed. (1962).

men o la situación jurídica de un inmueble, no es en realidad un tercero en cuanto a ese gravamen o a esa situación. La ley no vive en un medio ambiente ficticio, sino en un conjunto de realidades. No basta por sí solo el elemento filosófico, el principio ético jurídico, para dar vida a la ley; ésta necesita, como necesita el cuerpo humano el aire para respirar, de los elementos históricos y circunstanciales. Por esa razón, el Tribunal Supremo de España, en esas sentencias de que hablamos, ha puesto la mirada en las realidades de la vida, y si una persona ha venido percibiendo con sus sentidos los signos evidentes de una servidumbre, no puede por una ficción legal ser un tercero con respecto a ese gravamen. Aparte de esa punto de vista, muestran esas decisiones la íntima relación entre el Derecho civil y su rama, la Ley Hipotecaria, pese a los que pretenden independizar ésta de aquél. Con relación al Derecho civil, la Ley Hipotecaria es un menor que nunca alcanzará la mayoría de edad» [Arroyo vs. Zavala, 40, D.P.R., 269, 272 (1929), seguida en Colón vs. Plazuela Sugar, Co., 47, D.P.R., 871, 876 (1935)] (7).

Tanto en su contestación a la demanda como en su oposición a la solicitud de sentencia sumaria, el demandante y recurrido Pascual ha admitido hallarse informado por conocimiento directo derivado de su presencia en el acto de otorgamiento de las escrituras de compraventa en que fue vendedor, y de hipoteca en garantía del pagaré por \$ 55.000 entregados por sus compradores, Fernández Sierra y esposa, a Berens, de que este crédito hipotecario tendría rango de primero, como lo tiene usualmente la hipoteca dada a quien prestó su dinero para adquirir la vivienda. Su efímero triunfo presentando en el Registro su crédito hipotecario antes que Berens, se ha disuelto confrontado con el superior valor de justicia que le niega calidad de tercero de buena fe. Quien carece de la condición de tercero civil no podrá ganar la de tercero hipotecario por el puro mecanismo de un asiento de presentación. La carrera al Registro no puede imponer la postergación involuntaria de un gravamen preferente.

Nuestra orden para mostrar causa intimaba la devolución del caso a instancia para que en juicio plenario se dilucidara la cuestión de si el demandante Pascual es o no un tercero de buena fe; pero éste con sus alegaciones ha excluido toda necesidad de vista evidenciaria, todos los hechos materiales están propiamente ante nuestra consideración y no queda área de controversia ni punto justiciable que amerite un juicio plenario [cfr. *Fuentes vs. Srio. de Hacienda*, 85, D.P.R., 492 (1962)].

Se expedirá el auto y se dictará sentencia concediendo la solicitud de sentencia sumaria de la interventora recurrente Berens y adjudicando rango preferente en el Registro a su crédito hipotecario (*sic* en lo pertinente).

EL COMENTARIO

De la relación indicada y transcrita, siendo sencillos los hechos del caso, el comentario debe ir referido, al menos, para sustentar una mínima armonía entre el contenido y el título dado a este comentario, a los fundamentos de la sentencia.

(7) A la pág. 876 de *Colón v. Plazuela*, *supra*, nos unimos a la doctrina expresada en veinte sentencias del Tribunal Supremo de España que puede condensarse así

«No puede alegar su cualidad de tercero hipotecario aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición, aun cuando éstas no consten en el Registro,

Desde esta perspectiva, se observa en la sentencia una doble vertiente. De un lado, el argumento *a posteriori*, que presupone una interpretación judicial afincada en colaboración con el pensamiento de autoridades del mundo jurídico. *A priori*, una estimación judicial de hechos y actos, que permiten luego al Juez plantear el problema que el Tribunal llama jurídico.

Bajo este perfil, lo primero que asombra—que me ha asombrado a mí, al menos—es el empeño del Tribunal en centrar el caso sobre hechos que ni son ni ocurren como el Tribunal pretende, ni que tienen el significado que en exclusiva se les quiere atribuir.

La primera finta que esgrime el Tribunal—y luego se verá por qué aludo a una finta—se encaja en las alegaciones del tercerista recurrente, *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, de que el demandante recurrido (realmente ejecutante) es un tercero carente de buena fe, por lo que no le es de aplicación la protección prevenida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De esa aseveración de *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, y de la orden del Tribunal para mostrar causa de oposición a dichas aseveraciones, concluye el Alto Organismo—que con esta sentencia baja un poco—que «la contestación del recurrido Pascual sigue aprisionada en el argumento de que el ser o no ser el primer presentante de un tercero de buena fe es cuestión irrelevante a la prioridad conferida a quien primero llega al Registro».

Llama la atención el empeño del Tribunal en esta finta de tercería, pues la alegación surge solamente en el escrito sometido por *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, en que dice y repite que Pascual «no puede acogerse a los beneficios que concede la ley a los terceros y al principio de primero en tiempo, primero en derecho, sabiendo como sabía que la hipoteca (*sic*) de Berens tenía que ser preferente a cualquiera otra de fecha posterior». Parece un chiste, pero sigue siendo finta del Tribunal Supremo, por medio del Juez ponente, su obsesión de que Pascual admite, por no rebatir, que tiene que ser tercero. Olvida *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, pero, sobre todo, olvida el propio Tribunal, que la defensa de tercería solamente puede ser alegada por quien se cree amparado en el artículo 34 (la nulidad que encierra en su seno es una nulidad *relativa*, en el sentido que da BETTI al concepto), siendo, en todo caso, una cuestión de interpretación y no un hecho. Como ingenuamente reconoce el propio ponente, al pretender rebatir la invocación del precedente *Ponce Federal Savings vs. Registrador*, que no es sino invocar el principio de prioridad en su modalidad de preferencia. El «desenfrentamiento» que hace el ponente, respecto del precedente invocado por Pascual, es otra versión de aquel versillo: «El día que yo nací / nacieron todas las flores, / por eso los albañiles / llevan zapatillas blancas». ¿Por qué ese interés del Tribunal en dar entrada al absurdo alegado por *Berens Mortgage Bankers, Inc.*? (Conviene no omitir nada del nombre, por lo que luego se dirá.)

Ciertamente, porque de esa manera el Tribunal puede centrar la disputa en un eje que no se discute ni que se puede discutir, con lo cual sí va a poder (en apariencia) resolver el caso, como tiene por costumbre este Tribunal, mediante criterios de autoridad, ya que con frecuencia carece de la autoridad de los criterios. En este caso, la autoridad es, ¡nada menos!, que ROCA SASTRE, a quien se cita y recita, seguido de CASTÁN TOBEÑAS. Citas de las cuales cabe adelantar que menos mal que ninguno se encuentra en Puerto Rico (don José, tristemente, por haber ya fallecido), con lo que ninguno puede enterarse de lo que se dice que dicen.

¿Qué estimó el Alto Organismo que ha escrito ROCA SASTRE?

La opinión es clara en su enorme ignorancia. Citando a ROCA SASTRE en su sexta edición del *Derecho Hipotecario* (dato éste de gran importancia, pues es lo único cierto de la cita), y en su página 157; el punto es que así citado, lo que pueda decir ROCA SASTRE carece de sentido si no se lee previamente la página 156 y buena parte de la 157, en exceso de lo citado. Porque ROCA SASTRE comienza diciendo: «El principio de prioridad puede operar respecto de *derechos reales no incompatibles entre sí*, por ser de posible *convivencia* o *conurrencia* los dos o más derechos reales sobre una misma finca o derecho real y no darse, por tanto, aquella incompatibilidad sustancial o de mayor ámbito; base del principio de prioridad en su actuación excluyente. El resultado de tal supuesto es que al ser posible la concurrencia de tales derechos reales sobre una misma finca o derecho real, entre ellos existe una determinada *jerarquía*, según el orden de ingreso en el Registro de la Propiedad, lo cual hace que el principio de prioridad atribuya a cada derecho real compatible un determinado *rango* en relación con los demás, pero sin producir ineficacia jurídica del último o últimos de ellos según el tiempo de su entrada al Registro.

»Por tanto, la actuación aquí del principio de prioridad registral tiene sólo una función prelativa de *atribución de rango* de los derechos reales que hayan tenido acceso al Registro; debido a su carácter compatible, y regida por el orden cronológico de entrada en el Registro de la Propiedad».

Y en *letra pequeña*, la cual, al parecer, por ser pequeña, no se lee por el Alto Organismo (aunque mucho me temo, por las pruebas a que me estoy remitiendo; tampoco se ha leído la letra grande, quizá por ser grande), añade ROCA SASTRE:

«La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 destaca esta diferente función del principio de prioridad, pues después de afirmar, al referirse a la prioridad excluyente, de que 'en el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio', pues 'el que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse', y agrega que 'no es extensivo esto a las *hipotecas*; la anterior no inscrita será postergada a la que de fecha más moderna se inscribió más pronto; aquí ya no existe peligro alguno: si la finca hipotecada basta para pagar a ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza a tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, éste exclusivamente se aprovechará de la hipoteca'».

Ahora ya sabemos qué piensa ROCA SASTRE en punto al caso, así como cuál fue la intención legislativa. Punto tan indudable, que no existe una sola discrepancia, doctrinal o jurisprudencial, hecha excepción, es claro, del ponente de la sentencia que justifica estas páginas. Y también sabemos, por expresa referencia de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que quien es negligente, como *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, no puede luego quejarse, como se queja.

El «pequeño» *lapsus* del Tribunal permite inicialmente afirmar dos cuestiones. Una, que cuando se usan argumentos de autoridad es menester enterarse previamente de lo que piensa la autoridad que se invoca. Segunda, que las citas, cuando se hacen, deben hacerse completas, destacadamente, cuando quien las hace es un organismo encargado de ser «árbitro» (al menos, en apariencia). Yo creo que no merece la pena citar a ROCA SASTRE, en

las páginas 160 y siguientes de la edición citada por el Tribunal, para seguir acreditando el engaño de la cita. Pero sí puede ser conveniente, para acreditar el descaro judicial, hacer referencia a la primera edición de la obra de ROCA SASTRE, acreditando de este modo que el hipotecarista, de fama ganada a pulso, ha mantenido un pensamiento constante. Por ejemplo, cuando en la página 666 del tomo I, en nota número 2 a pie de página, escribe: «Respecto a estos dos principios», esto es, de legitimación y de fe pública, «el de prioridad actúa a modo de auxiliar o complementario. En los sistemas que atribuyen valor constitutivo a la inscripción, el principio de prioridad sirve para determinar el momento del nacimiento del derecho real; así ocurre en nuestro sistema en materia de hipotecas» (énfasis añadido). Y en la página 679 de esa primera edición añade: «Respecto de los títulos constitutivos de derechos reales, debe observarse que el artículo 17 no habla de los títulos en que se grave el dominio sino hasta después, o sea, con referencia a los títulos anteriores rezagados. Inscrito un título constitutivo o de imposición de un gravamen, otorgado después de otro anterior no inscrito que fuere traslativo del dominio, se puede inscribir posteriormente este título, si bien a él le afectará la carga que implica el título de constitución inscrito anteriormente. No obstante, hay que distinguir los derechos reales que pueden coexistir y gravar simultáneamente una misma finca (hipotecas, etc.) de los derechos reales que desintegran y dividen trascendentalmente las facultades integrantes del dominio. Los primeros son unos derechos reales compatibles entre sí. Especialmente respecto al derecho real de hipoteca, que busca en la finca su valor, el artículo 17 no rige, según reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de 1861...» Y en la página 689 añade: «Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en materia de hipotecas, la anterior no inscrita será postergada a la que, de fecha más moderna, se inscribió más pronto...»

Con lo expuesto parece claro que la alusión realizada por el Tribunal, que he calificado de finta, es una finta. Finta que tiene una finalidad ingenua (pero no benévola), que pudo destacar uno de mis propios estudiantes en la materia (que solamente lleva dos meses en la asignatura): desvirtuar el planteamiento, enfocando un problema de *rígida prioridad por el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria*, como uno de contradicción de títulos incompatibles. Así se explica la larga cita de, otra vez, ROCA SASTRE, «en el clásico problema de la doble venta», que recoge la nota 5 de la sentencia, cuyo valor es igual, en el caso, que citar a Blancanieves y los siete enanitos.

Aquí cabría plantear la cuestión de si el despiste judicial es premeditado o carente de intención. Ignorar aspectos tan elementales, que hasta un estudiante de dos meses de incursión en el inmobiliario registral aprecia los mismos, sería atribuirle al Tribunal una ignorancia inexcusable. Con ello no quiero afirmar que el ponente no ignore estos principios elementales—la sentencia no lo permite—, sino que es más grave atribuir esa ignorancia, que una intencionalidad diversa. Y no sería causa de escándalo afirmar la intencionalidad, por lo que luego diré, aunque no sea éste el caso.

Continuando en esa línea de pensamiento judicial (por así llamarlo). ¿Cómo llega el Tribunal a este fiasco? Basándose en las alegaciones de *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, quien atribuye a Pascual la condición de tercero para negarle la protección del artículo 34, porque *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, dice que «fue intención y propósito», sin cuya condición ésta

no hubiera facilitado el préstamo, la de que la primera hipoteca a favor de *Berens* tuviera rango de primera...». Incidentalmente, debe quedar Pascual muy satisfecho de que *Berens* no le hubiese imputado en la demanda haber sido el autor del «saco de Roma», que sí no...

Aquí se encierra un punto de gran importancia, que el Tribunal resuelve a su manera, esto es, sin saber el Derecho aplicable. Viene en resultar que *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, prestó con *intención y propósito*. Y por mor del Tribunal, esa intención y ese propósito obligan a tercero. Me da la impresión de que el Tribunal no ha apreciado que acaba de dar entrada en Derecho puertorriqueño a la *Voraussetzung*. No explico qué es la figura, pues los estudiosos del Derecho y gran número de estudiantes lo saben; que no lo sepa el Tribunal no es realmente problema mío. Lo importante es que así la vida de relación ha quedado subordinada a la psicología.

En este punto es curioso observar cómo el Tribunal admite y rechaza alegremente un conjunto de consideraciones, «olvidándose» de otras que debió apreciar inmediatamente, y por razón de propia admisión de parte. Por ejemplo, la alegación de *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, de que «el señor Pascual pretende aprovecharse del descuido o falta de diligencia de *Berens*». Si la propia *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, se atribuye descuido o falta de diligencia, parecen referidas directamente a ella las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, de que «quien deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse». Y quejarse es lo que hace *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, lo que le «pasa desapercibido» al Tribunal, quien, no obstante, observa, meticulosamente, cómo Pascual no se enfrenta, negándolo, a una aseveración absurda de *Berens Mortgage Bankers, Inc.* Yo no sé de dónde saca el Alto Organismo que las pretensiones absurdas, en interpretación de la ley, deben refutarse, porque siendo la ley conocida por todos, la pretensión de parte acerca de su sentido es indiferente, sobre todo en un sistema judicial en que los Tribunales impiden a las partes hacer alegaciones de Derecho, «porque el conocimiento del Derecho es materia privativa del Tribunal», que, además, se siente ofendido personalmente si se pretenden esas alegaciones. Bien vemos que no siempre el Tribunal conoce el Derecho, y vemos también que en ocasiones sufre cortocircuitos entre lo fáctico y lo jurídico que son difícilmente explicables.

Otro leve *lapsus* judicial—sorprendente cuando de oficio aprecia similares circunstancias en una de las partes—es no haber captado que desde que *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, otorga su contrato de hipoteca hasta que inscribe el mismo ha pasado un tiempo largo, veintisiete días, y que el lapso de tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la escritura por Pascual y su correspondiente inscripción no ha trascendido un brevísimo período sospechoso, sino uno normal y bastante sensato de nueve días. Luego por parte alguna aparece que «Pascual... se apresuró en llevar la suya, que era de fecha posterior, a fin de que se inscribiera con anterioridad...». Por el contrario, el ponente acepta esta aseveración de *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, como afirmación *ex-cátedra*, olvidándose incluso de que ni los Papas recurren ya a este tipo de pronunciamientos.

Tampoco parece haber apreciado el ponente otro «pequeño dato». Desde que *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, inscribió su hipoteca, hasta los trámites de ejecución por Pascual, han pasado tres años. Tres años, durante los cuales *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, ha tenido en su poder un her-

moso título, en que consta un sello registral en que se dice de su hipoteca: «Inscrita como segunda, al tomo..., folio ..., inscripción número...» No deja de ser curioso que Pascual, por no refutar lo que no tiene por qué refutar, se perjudique, mientras que *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, por pretender ignorar lo que no puede y que está obligada a saber, sea beneficiada con ello.

Hay, sin embargo, más cosas, y más graves aún.

Debe indicarse que cuando el Tribunal Supremo de Puerto Rico plantea una cuestión de simple y automática prioridad como cuestión contradictoria, está demostrando públicamente y sin arrobo su ignorancia entre la diferencia de ambos aspectos, que, en principio, ninguna relación guardan. Pero como por la prioridad no debe dar la razón a *Berens Mortgage Bankers, Inc.*, hay que buscar la manera de concedérsela. ¿Cuál es la manera? Sencillo: cambiando todo el sistema inmobiliario registral y el de Derecho civil en lo que toque. Me explico.

La falsa hipótesis de contradicción de títulos incompatibles la presenta el Tribunal Supremo—haciendo propia la aseveración de *Berens Mortgage Bankers, Inc.*—como un problema de tercería. Curiosamente, recurre entonces el ponente a aceptar la tesis de Roca SASTRE en tema de tercería y eficacia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tesis que ese Alto Organismo ha rechazado sistemáticamente en todas sus sentencias, pero que asombrosamente acepta aquí como presupuesto lógico (?) de trabajo, y así, solamente así, aceptando que el tercero es un subadquirente, por lo que si no tiene buena fe, no empece ser subadquirente, no queda protegido por el artículo 34, puede decirse que no es el Tribunal quien afirma tal, sino el magnífico Roca SASTRE. Queda al lado que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha calificado siempre al tercero protegido por el artículo 34 como un adquirente según el Registro. Así, y *para este caso*, se sitúa al lado de Roca SASTRE, negándose a sí mismo. Pero va mucho más allá el Tribunal, porque para Roca SASTRE el tercero subadquirente surge en la hipótesis de *títulos contradictorios*, títulos de contenido real; de ahí el clásico problema de la doble venta. Mientras que en este caso, y para este caso, el ponente hace surgir el punto de tercería como subadquisición en una situación de *títulos no contradictorios*, sino jerárquicos. No obstante lo cual, como veremos, el ponente va a añadir a este fiasco absurdo otro de mayor entidad—ya que aún no le sale el juego como quiere—, y sin saber cómo, la contradicción de títulos *va a surgir*, porque el contrato de hipoteca queda convertido, por mor del Tribunal, en un gravamen antes de su inscripción, que junto con la hipoteca inscrita, que es riguroso derecho real, nos ofrece la tan querida contradicción.

Con ello, y hasta el momento, la sentencia demuestra solamente una cosa: la supina ignorancia del Tribunal acerca de qué es un título en sentido civil y en sentido registral; la ignorancia supina de qué sea un título contradictorio: la ignorancia supina de qué es un contrato de hipoteca y un derecho real de hipoteca. Unido, claro es, a una ignorancia genérica, sobre qué es carácter constitutivo de la inscripción, cuál es el sistema recogido en la Ley Hipotecaria para la hipoteca y demás derechos reales, etc. Con lo cual, lo que manifiesta la sentencia es que desconoce qué es la Ley Hipotecaria (en lo que la sentencia no aporta nada nuevo, salvo la «versión» en que se manifiesta), qué función cumple, cómo la cumple y para qué se promulgó la ley. No digo yo que un Juez, sea o no del Tribunal Supremo, pueda o no ignorar todo esto, pues la experiencia demuestra

que cosas igual de elementales han ignorado. Me limito a apuntar que es demasiada ignorancia para un solo caso.

Porque tanta ignorancia lleva incluso al Tribunal a desconocer su *gran aportación* al Derecho inmobiliario registral: la «hipoteca mencionable», esa que, según ROCA SASTRE, es «un sacrilegio jurídico». Pero no se crea que ese desconocimiento de la *mención de hipoteca* se efectúa para superarlo; no. La intención del Tribunal—de ese que se ha visto obligado a realizar «cirugía judicial» para poner el Derecho puertorriqueño a tono con los tiempos, según decía en *Arroyo vs. Registrador*, 86, D.P.R., 362—implica retornar al régimen de las hipotecas ocultas, esas mismas que desde las Corets convocadas por los reyes don Carlos y doña Juana, en el primer tercio del siglo XVI, se han estimado como nefastas; se trata de afirmar las hipotecas ocultas, perjudicando al contrayente de buena fe no ya las cargas o gravámenes existentes, sino las meras relaciones obligacionales, cuando no la intención y propósito» de alguien, con tal que se denomine *X Mortgage Bankers, Inc.*, premiando así a quien teniendo un derecho que descuidó inscribir perjudique con ello, por una falta que solamente a él le es imputable, a quien actuó con diligencia. Si el Tribunal se toma la molestia, que no lo hará, de leerse la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, tantas veces citada por ROCA SASTRE, podrá apreciar que su sentencia no es sólo regresión al sistema anterior, al de los registros técnicos, sino una regresión al régimen anterior al instaurado por las viejas Contadurías de hipotecas, esto es, a un sistema registral de Neanthertal. Naturalmente, esto no es óbice para clamar por reformar la vigente Ley Hipotecaria, por «arcaica». Ha olvidado el Tribunal el carácter constitutivo de la inscripción para el derecho real de hipoteca; ha olvidado el carácter «mencionable» que el Alto Organismo, por orgasmo que le provocó un día el primitivo Derecho anglonorteamericano, vino a atribuir a las hipotecas del sistema hispánico (sobre todo cuando el acreedor es un *X Mortgage Bankers, Inc.*, o similar), para abrazar abiertamente un sistema tan original, que es suficiente un contrato de hipoteca para que ese contrato produzca efectos *erga omnes*; solamente se le olvidó añadir, para que la contribución fuere perfecta, que el «contrato de oído» valía igual.

Con lo cual, la sentencia no sólo demuestra su ignorancia acerca del sistema registral del país, sino también su desconocimiento del artículo 1.209 del Código Civil, según el cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos».

De lo dicho puede resumirse lo siguiente:

1.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», que es lo bonito (y que es lo que se suele decir, cuando no se sabe qué es lo que se dice), inventándose unos contratos únicos en cualquier sistema jurídico.

2.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», que sigue siendo lo bonito, convirtiéndose ese contrato en un gravamen, quizá porque es contrato de hipoteca y aún no se ha enterado el Tribunal de las diferencias entre el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca.

3.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», calificando el *gravamen* así abortado como título contradictorio de otro que no lo es, pero que va a serlo, *tiene que serlo*, en ese proceso de creación.

4.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», pero ahora menos bonito ya, determinando que quien es parte queda automáticamente conver-

tido en tercero, si existe alguna aseveración de la parte contraria en tal sentido.

5.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», considerando que el tercero así logrado no queda amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si existe alguna aseveración de la parte contraria en tal sentido.

6.º La sentencia *crea* «Derecho puertorriqueño», porque se trae a colación a ROCA SASTRE, a quien se le propone diciendo lo que nunca ha dicho, pero que ni el ponente ni el resto del Alto Organismo tampoco se han atrevido nunca a decir *proprio cordis*; todo lo cual permite ya afirmar que la hipoteca no se ajusta al principio de inscripción constitutiva ni, por ello, al criterio de prioridad y rango, pues quien no es tercero, lo es para negarle la protección del artículo 34, al no concurrir en él una buena fe que no le es requerida por el Ordenamiento, ya que la relación obligatoria es un gravamen, que impone tratar como títulos contradictorios a los que no lo son.

¡Pascual, Pascual! ¿Qué fue de tu buena fe? Porque aquí vuelve a ignorar el ponente qué sentido tiene la buena fe registral. Curioso que aquí ya no se cita a ROCA SASTRE, entre otras razones, porque sería algo más difícil «descolgar» uno o dos renglones que autorizasen a decir que buena fe y su ausencia son el absurdo pretendido por el Tribunal (8).

Centrado así el caso mediante su descentralización, se permite todavía el ponente otros escarceos que demuestran la ignorancia acerca del sistema que debe interpretar, y nuevamente tomando a ROCA SASTRE como *medium*, que tal parece, apunta ese párrafo conforme al cual descubrimos el 9 de febrero de 1979 cómo nuestro sistema es uno de inscripción y distinto, por tanto, de los de transcripción... en materia de hipotecas. ¡Y olé!

Después de tanta *interpretación creadora*, digna de mejor causa—y luego se indicará por qué—, recurre la sentencia a un socorrido argumento, que suele usar con frecuencia el Alto Organismo. También aquí se cita a otra persona, de prestigio ganado por su esfuerzo propio, transcribiendo de su obra una serie de conceptos que, aunque ninguna relación guardan con el tema del caso, hacen que la sentencia quede preciosa. Se trae a colación la expresión de CASTÁN TOBEÑAS en tema de características del Derecho civil, esto es, algo que ni tan siquiera permite conexión al caso recurriendo, por ejemplo, a los principios generales. Pero surge una gran columna de humo—ya ni tan siquiera se trata de una finta—, que permite dar la impresión, sentencia en mano (aunque creo que ni el propio Tribunal se engaña), de que además de hundir el sistema privado de Derecho (no sólo el hipotecario, sino también el civil), se está haciendo justicia, que es mucho más bonito, si cabe, que hacer «Derecho puertorriqueño». Por eso se dice que el Derecho civil contiene un elemento racional y moral.

¡Qué lástima!, que de todos los caracteres del Derecho civil se hayan elegido los de ser racional y ser moral..., en una sentencia que no brilla sino por lo irracional y que, como he de concluir, nada tiene de moral.

Pero ofrece la sentencia un punto en esta consideración que debe dejarse en claro. Es importante dejar en claro, porque a ello recurre sistemáticamente el orden judicial del país: que porque la ley no es justa, el Tribunal va a serlo. Si yo fuera Juez, entre mis obligaciones para con esos principios generales de justicia y para con ese Derecho natural (que también se cita desde CASTÁN TOBEÑAS) estaría el no aplicar nunca la ley injusta,

(8) Cfr. ROCA SASTRE *Op cit*, 1.ª ed., 1948, I, págs. 445 y ss., 6.ª ed., 1968, II, págs. 687 y ss.

diciendo además qué leyes son injustas y por qué lo son. Pero colgarme de la injusticia cuando me pluge, callando, sin embargo, acerca de esas injusticias y dejando permanecer el sistema injusto, es decir demasiado con ese silencio. Por ejemplo, es decir que el Gobierno de los Estados Unidos, su Congreso, es injusto cuando dejó vigente la Ley Hipotecaria y el Código Civil (las normas, al parecer, más injustas de este país, curiosamente, las leyes que permiten préstamos con interés usurario, las que permiten contratos en lengua ignorada por el consumidor, las que permiten cálculos de intereses haciendo abstracción de la tasa del capital, etc., esas nunca son injustas); es decir que es injusto el poder ejecutivo que promueve esa legislación, al menos en cuanto no propone cambios; es decir que es injusta la Asamblea Legislativa, que aprueba esas leyes y las mantiene en vigor; es decir, en un sistema en que ese poder judicial queda satisfecho con la democracia formal representativa, que es injusto el propio pueblo, que consiente con su voto la situación. Menos mal que queda un rincón de justicia: los Tribunales, encabezados por su Alto Organismo. Hay, pues, siete narices en el país, cuyo olfato es único.

Y así lo acredita la sentencia, que, por último, recurre a la autocita, recogiendo sentencias y resoluciones del Alto Organismo, todas ellas referidas al concepto de tercero y a las circunstancias que éste debe reunir para estar protegido por la fe pública registral, en tema de contradicción de títulos de derecho real que son incompatibles entre sí. Eso sí, y además, hay que citar la jurisprudencia española en igual plano, aunque con omisión total de esa jurisprudencia en tema de prioridad de hipotecas.

Sólo quedaba un aspecto para evitar que la sentencia pudiese ser atacada indirectamente por la vía del juicio plenario. Y eso se consigue fácilmente, decretando que «todos los hechos materiales están propiamente ante nuestra consideración y no queda área (*sic*) de controversia al punto justiciable que amerite un juicio plenario», lo que, dicho sea de paso, no es cierto, porque la revisión deriva de un tipo de pleito que no lo es. Y encima de todo, Pascual con condena en costas.

* * *

No es sencillo encontrar justificación por la que una sentencia conculque el sistema registral y el sistema civil importado en su día de España; que conculque, a la vez, el híbrido surgido al contacto de aquellos sistemas con el inherente al Derecho anglosajón norteamericano; que, finalmente, conculque así el sistema propio en formación como las manifestaciones inconvenientes, pero inevitables, de la formación propia en esas circunstancias. No es fácil hallar la justificación, porque no aparece en los sistemas que se han importado ni en el que se está formando. No es, pues, por ahí por donde hay que buscar.

Y si no aparecen razones jurídicas que expliquen el fenómeno, veo solamente dos argumentos extrajurídicos que puedan hacerlo. Dos argumentos que en verdad se encierran en uno solo: que una de las partes es «Pascual» y la otra *X Mortgage Bankers, Inc.* Y que *X Mortgage Bankers, Inc.*, no está dispuesta a perder dos mil y pico de dólares si se los puede ahorrar, aunque sea cambiando el sistema jurídico del país. Creo que aquí se impone una invitación cordial: quien encuentre otra causa, que la demuestre.

El Alto Organismo, fiel sensor de los intereses de los poderosos, no tiene recato en *dictar* soluciones. Personalmente, no me gustan las dictaduras, ni tan siquiera las judiciales (que envueltas en un aparente ropaje de racionalidad encierran mayor hipocresía). Ahora bien, lo menos que se puede pedir a un dictador es que sea inteligente. Ser dictador con sentencias como ésta, es no saber ni ser dictador.

* * *

No es la primera vez que observo en la Sala que origina la sentencia, el régimen de citas desaforadas de cualquier autoridad en Derecho, consistiendo la cita en cercenar el pensamiento del autor citado, dando la apariencia de que afirma lo que por parte alguna dice, y siempre son personas como ROCA SASTRE, CASTÁN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, ALVAREZ ALVAREZ, NÚÑEZ LAGOS, etc. Citas de este calibre son las que acreditan la falsedad de la cita, precisamente por ser autores sobradamente conocidos por cualquier pequeño estudioso del Derecho, cuyo pensamiento es enteramente conocido. Desfondar las citas no es, pues, mérito alguno. En alguna ocasión me he ocupado de sentencias de esta índole, cuya crítica religiosamente he publicado en el país y fuera de él.

Todas esas sentencias han tenido una nota común: todas modifican festinadamente el Derecho puertorriqueño (entiéndase por él lo que se quiera entender, jurisprudencia puertorriqueña incluida, cuando no un Derecho español o norteamericano, que desconocen los españoles y los norteamericanos) para dar satisfacción al reclamo de particulares intereses. En suma, se trata de sentencias, que encajan perfectamente en esa expresión que circula en la calle, conocidas como «sentencias de encargo».

Cuando llegué a este país, esa expresión me daba la impresión de que se trataba de situaciones de soborno o prevaricación, hasta que pude aclararme que soborno y prevaricación no tenían que estar presentes, incluso que no solían estar presentes. Finalmente, he podido captar qué significa sentencia por encargo al leer el libro que acaba de publicar el Juez Presidente del Tribunal Supremo (9), en que con gran honestidad alude al «compadreo» como una de las causas que perturban el sistema judicial del país, expresivo de una tradición, más o menos relevante según momentos, que se arrastra desde que puso pie en la isla la Corona de Castilla.

La sentencia que he comentado reúne todas las características de ser «de encargo», aunque no lo sea. Esto no me importa ni tiene que importar. Lo verdaderamente importante es poner de relieve las consecuencias elementales que esta sentencia ha producido y seguirá produciendo. Porque, personalmente, no puedo contentar mi ánimo a la espera de que el Alto Organismo dicte mañana mismo otra sentencia volviendo las cosas a su sitio, ya que además de estar el mal hecho (¡pobre Pascual!, eso te pasa por actuar conforme las leyes prescriben), esa sentencia solamente pondría de relieve que el «afán justiciero» de la presente era falso, y resaltaría, al quedarse como sentencia para el caso, su carácter de «sentencia por encargo».

En la enumeración de esas consecuencias voy a circunscribirme a cuatro solamente.

La primera consecuencia se produce en la esfera que más me preocupa:

(9) TRIAS MONGE, J. *El sistema judicial de Puerto Rico*, Ed. Universitaria, U. P. R., Barcelona para San Juan, 1978.

la docente. Si a los estudiantes se les tiene que enseñar Derecho, siendo parte de ese Derecho la jurisprudencia—porque esos estudiantes tienen que superar una reválida, en la que sistemáticamente los problemas que se les ofrecen son problemas decididos por el Alto Organismo, y la solución que silenciosamente se les reclama es la dada por el Tribunal Supremo, especialmente cuando se ha emitido alguna sentencia *original*, como es ésta—, habrá que dejar de enseñarles Derecho para enseñarles neurosis judicial, ya que, por mor del Alto Organismö, viene en resultar que el Derecho inmobiliario registral del país se ha visto radicalmente alterado en numerosos aspectos, por ejemplo: principio de inscripción y valor de ésta, principio de legitimación, principio de fe pública registral, así como todo el régimen de hipotecas. Viene, además, en resultar que el Derecho civil—ese tan racional y moral—ha sido sensiblemente modificado, así en el ámbito del derecho de obligaciones como en el de contratos, en el marco formal negocial y en sus conexiones con la legislación inmobiliaria. Eso aparte de los fiascos procesales.

Cabe decir, como he apuntado, que esa sentencia será pronto revocada por otra. Es de suponerlo. Hay que esperar simplemente a que un «Pascual» se encuentre en la posición ocupada por *Mortgage Bankers, Inc.*, y que otro *Mortgage Bankers, Inc.*, se sitúe en la posición de un «Pascual», para que contrastemos claramente cómo la hipoteca nace mediante inscripción; cómo su rango es rígidamente definido por la fecha del asiento de presentación; cómo la prioridad opera plenamente; cómo nuestro sistema hipotecario es constitutivo en tema de hipotecas, produciendo aquí efectos similares a los sistemas de transcripción; cómo los contratos sólo producen efectos entre las partes; cómo el contrato de hipoteca no es un gravamen, sino simple relación obligacional; cómo ese *Mortgage Bankers, Inc.*, que inscribió con debido celo, debe ser protegido frente a este «Pascual», que fue negligente y que todavía pretende que su intención y propósito fuese reconocido por el nuevo *Mortgage Bankers, Inc.* Pero hasta que esto ocurra, un programa de clases, la claridad de ideas de los alumnos y, ¿por qué no decirlo?, el imperativo de consecuencia de cualquier profesor han sido atacados.

La segunda consecuencia se produce en una esfera que no me importa lo más mínimo, pues la sentencia es muy clara al respecto. Los *Mortgage Bankers, Inc.*, quedan enterados de que pueden actuar como les venga en gana. Lo que hagan, como lo hagan, siempre estará bien hecho. Que para eso el Derecho civil tiene criterios de racionalidad y moralidad.

La tercera consecuencia también se produce en una esfera de irrelevancia personal. Pero sí debe preocupar a quienes estén inmersos en ella: los inversionistas de capital, extranjeros, que puedan llamarse Pérez o Rodríguez, pero que no serán *Mortgage Bankers, Inc.*, sino, a lo sumo, *Banco*. Porque a ellos sí se les podrá decir que no son terceros protegidos porque carecen de buena fe cuando su hipoteca sea de fecha preferente a la de un *Mortgage Bankers, Inc.* Esos sí deben tener mucho cuidado, que son simples *Bancos*, no *Bankers*.

La cuarta consecuencia me preocupa y me afecta, aunque sólo sea indirectamente, por mi dilatada estancia en el país y por mi agradecimiento a cada «Pascual»: ¡Qué vergüenza tener que reconocer que esto sucede en Puerto Rico!

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEARO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. ES POSIBLE AGRUPAR DOS EDIFICIOS COLINDANTES, UNO DE ELLOS CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL OTRO NO, MODIFICANDO AQUÉLLA, AUNQUE LAS DOS ÚNICAS PLANTAS DEL SEGUNDO EDIFICIO RESULTEN UNIDAS A ELEMENTOS PRIVATIVOS DE LAS CORRESPONDIENTES DEL PRIMERO, SIN QUE SEA OBSTÁCULO QUE EL ARTÍCULO 8, APARTADO 1.º, DE LA LEY ESPECIAL SE REFIERA EXCLUSIVAMENTE A LA AGRUPACIÓN DE PISOS O LOCALES SITUADOS DENTRO DEL MISMO EDIFICIO.

TAMPOCO ES OBSTÁCULO A LA AGRUPACIÓN QUE UNA DE LAS FINCAS, Y NO LA OTRA, ESTÉ INCLUIDA EN UN POLÍGONO PROVENIENTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA, CON CIERTA AUTONOMÍA JURÍDICA ESPECIAL COMO UNIDAD URBANÍSTICA Y AFECTA A UN DERECHO DE REVERSIÓN, SIN PERJUICIO DE QUE, EN SU CASO, ESTE DERECHO HUBIERA DE CONCRETARSE A LA CORRESPONDIENTE PARTE DE LA FINCA RESULTANTE DE LA AGRUPACIÓN.

ESCAPA ASIMISMO A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EL CUMPLIMIENTO DEL SEGUNDO PUNTO DEL SEGUNDO APARTADO DEL ARTÍCULO 5.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL SI RESULTA CUMPLIDO EL PRIMER PUNTO DEL MISMO APARTADO, POR LO QUE EL REGISTRADOR NO PUEDE OPO-

NERSE A QUE SE MANTENGAN LOS MISMOS PORCENTAJES EN TODOS LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL MODIFICADA POR UNA AGRUPACIÓN, AUNQUE SÓLO ALGUNOS SE INCREMENTEN EN SUPERFICIE Y, CONSIGUIENTEMENTE, EN VALOR, POR CONSECUENCIA DE LA MISMA Y NO LOS RESTANTES.

Resolución de 11 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 20 de junio).

Antecedentes de hecho.—El 5 de diciembre de 1975 don Zacarías Romero Martínez otorgó escritura autorizada en Murcia por el Notario don Aurelio Díez Gómez, de agrupación y modificación de propiedad horizontal de las dos siguientes fincas de su propiedad: Un edificio situado en el término de Murcia, partido de Santiago y Zairaiche, declarado inscrito como obra nueva y dividido horizontalmente en 30 locales o viviendas, entre las que se halla un local en planta de sótano y un local comercial, a los que se señala cuota en relación con el total del valor del edificio, y de otro edificio en el término municipal de Murcia, polígono de la Fama, declarado asimismo obra nueva, construido sobre solar adquirido al Ministerio de la Vivienda para hacer posible que el adquirente construyera la totalidad del edificio de protección oficial a que se refiere el expediente MU-GI-1-16/62, que obtuvo cédula de calificación provisional con fecha 18 de noviembre de 1972, y cuya obra nueva consiste en la construcción de un sótano y de una planta baja;

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Murcia primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado nuevamente este documento respecto a la Agrupación de edificios que comprende, se deniega su inscripción:

Primero.—Porque constituido el primer edificio en régimen de propiedad horizontal, la agrupación no se contrae a los departamentos del mismo edificio.

Segundo.—Porque situado el segundo edificio en terreno destinado al polígono de la Fama, no se ha tenido en cuenta:

A) Que los polígonos son unidades funcionales en espacio y volumen, con autonomía jurídica especial, y que supone, entre otros, un núcleo unitario de edificaciones y servicios.

B) Que la agrupación pretendida modifica la delimitación de la parcela en que está situado el edificio y, en consecuencia, la del sector, la del polígono y la del plan parcial de urbanización, que la existencia de dichas unidades urbanísticas pone de manifiesto.

C) Que la especial autonomía jurídica de los polígonos sólo se pierde para formar una unidad superior, mediante la agrupación de los mismos.

Tercero.—Porque no consta descrito el edificio resultante de la agrupación ni se observa lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, al haberse modificado el régimen constituido para el primero de los edificios.

Los defectos son subsanables, excepto el segundo. No es procedente la anotación preventiva».

El Procurador don Francisco Ponce Riaza, en representación de don Zacarías, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en cuanto al primer punto de la nota cabe oponer la norma

contenida en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, precepto este último que además, en su apartado 5.º, se refiere a la posibilidad de agrupación de locales de un edificio dividido horizontalmente; que es indiscutible que para dar cabida en el Registro a la escritura habrán de efectuarse más o menos operaciones, como, por ejemplo, cancelar las anteriores inscripciones del primer edificio y llevar a efecto otras, consecuencia de la agrupación y simultánea nueva división, pero que negar el acceso al Registro de la agrupación parece, en todo caso, inadecuado; que respecto al punto 2.º de la nota, hay que declarar que no existe ninguna disposición de carácter general ni particular de tipo urbanístico que se oponga a la agrupación registral de las fincas que se pretende, y que las consideraciones del funcionario calificador en este punto no dejan de ser más que unas apreciaciones subjetivas sin el refrendo legal necesario para denegar la inscripción; que a la Administración le corresponde velar para que la actividad particular no suponga un atentado a los intereses públicos en materia de edificación y urbanismo, y para conseguirlo cuenta con la normativa necesaria contenida en planes u ordenanzas urbanísticas y con la intervención de los Organismos competentes en la edificación y uso del suelo, conforme al artículo 178 y siguientes de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, que entran en juego con la exigencia de la preceptiva licencia cuya concesión corresponde a los Ayuntamientos, si bien su acción puede ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, y no por el Registro de la Propiedad; que sobre la importancia y alcance de la licencia municipal en esta materia deben citarse las sentencias de 27 de mayo y 14 de junio de 1967; que en los planes urbanísticos se señalan las condiciones de uso, volumen, altura, etc., de cada zona, sector o polígono, sin que las normas y régimen aplicable a cada finca tenga que tener acceso al Registro de la Propiedad, por lo que el único requisito es cumplir la normativa correspondiente a la hora de edificar en cada porción de suelo, que no tiene que coincidir necesariamente con cada finca registralmente hablando, de suerte que cada finca puede tener, y de hecho lo tiene, regímenes o normas de edificación distintas; que el propietario afectado por distinta normativa en su finca no está obligado a dividirla formando dos registrales, y de la misma forma fincas con distinto régimen urbanístico pueden agruparse a efectos registrales; que en cuanto a la afirmación de la nota de que falta la descripción del edificio resultante de la agrupación no se ajusta a la realidad, ya que tal descripción aparece en el número 11 del otorgamiento de la escritura recurrida; que el apartado 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece la necesidad de fijar en el título las cuotas de cada piso o local, precepto que ha sido cumplido en el supuesto debatido;

El Registrador informó: que en cuanto al primer defecto contenido en la nota, y en relación a lo preceptuado en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, ha de determinarse el verdadero concepto de edificio, que según la doctrina presupone necesariamente la idea de unidad, ya que si bien un edificio puede estar constituido por construcciones diversas, éstas han de formar necesariamente un todo orgánico, y que el recurrente para obviar las dificultades que al concepto de unidad ofrecía la existencia de dos edificios construidos sobre dos solares distintos que constituyen fincas registrales diferentes, adquiridas en épocas distintas y de diferentes propietarios, acudió no a solicitar la agrupación de los edificios

referidos ya contruidos según las escrituras presentadas, sino a la de los dos solares sobre los que, respectivamente, se construyeron ocupando la totalidad de los mismos, agrupación que se hace de los solares con sus edificaciones, sin tener en cuenta que ya no existía el solar o solares agrupados, puesto que el solar existe sólo hasta que se construye en él; que resulta claro que, en el caso debatido, existen dos edificios diferentes, colindantes entre sí, pero distintos e independientes, hecho que de por sí impide la agrupación, con el agravante de que uno de ellos está constituido en régimen de propiedad horizontal, cuyos departamentos independientes de bajo y sótano quedan agregados o agrupados a los del mismo plano del otro edificio, compuesto tan sólo de sótano y bajo, agrupación que no se da dentro del mismo edificio, sino entre dos distintos; que tal pretensión es totalmente contraria a la Ley especial, que en su artículo 8.º establece que las divisiones y agrupaciones han de ser de un mismo edificio, precepto de carácter imperativo que no puede quedar al arbitrio de los interesados; que en cuanto al punto 2.º de la nota, son inoperantes las alegaciones del recurrente referentes a la Ley del Suelo, pues esta Ley no afecta a la cuestión debatida ni es aplicable a la enajenación de parcelas del Instituto Nacional de la Vivienda, regulada por el Decreto 1483/1966, de 18 de julio; que la parcela sobre la que se construye el segundo edificio fue vendida por el referido Instituto a don Zacarias Romero Martínez, como procedente del polígono de la Fama, por lo que está sometida a un régimen jurídico especial distinto al de la otra parcela a la que se trata de agrupar, imponiéndose al adquirente una serie de obligaciones que suponen limitaciones a su derecho de dominio cuyo incumplimiento puede originar la reversión de la parcela y del edificio construido sobre la misma a favor del Instituto; que estas limitaciones de dominio son motivo más que suficiente para impedir, por sí solas, la agrupación solicitada, de conformidad con las normas contenidas en el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, artículo 44 y siguientes del Reglamento y demás disposiciones concordantes; que en cuanto al tercer extremo de la nota hay que alegar que el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece de forma imperativa que en el título de constitución de propiedad por pisos se fijará la cuota de participación correspondiente a cada piso o local, para cuya fijación se tomará como base la superficie de cada piso o local en relación con la total; que también en el artículo 3.º, apartado b), de la Ley se dice que a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble, que servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios de la comunidad; que lo preceptuado en estos artículos ha sido incumplido en la escritura de agrupación recurrida, y que por último el funcionario calificador reconoce que no existe el defecto de no haberse descrito el edificio, defecto que fue consignado en la nota por error;

El Notario autorizante de la escritura informó: que la agrupación cuya inscripción se deniega contempla el caso de dos fincas urbanas colindantes, que físicamente constituyen un solo edificio, caso al que se refiere el artículo 44, 1.º, del Reglamento Hipotecario; que es indiscutible que la finca resultante de la agrupación que se pretende constituye un solo edificio como puede deducirse del expediente MU-GI-1-16/62 del Ministerio de la Vivienda, que dio lugar a la cédula de calificación provisional de 18 de marzo de 1972, ya que es inconcebible que se considerara vivienda

de protección oficial un edificio independiente compuesto únicamente por un sótano y un local comercial, motivo por el cual el Ministerio no encuentra inconveniente para la agrupación, según resulta de la certificación de 1 de diciembre de 1978 que obra en el expediente, así como la correspondiente licencia municipal; que el hecho de que una de las fincas esté constituida en régimen de propiedad horizontal no es obstáculo para la agrupación, pues ni el artículo 44 del Reglamento Hipotecario ni ningún otro precepto legal establece tal distinción; que es errónea la afirmación de que lo que se solicita es la agrupación de solares y no de edificios, como se desprende de la simple lectura de la cláusula II de la repetida escritura; que como consecuencia de la agrupación se modifica la división horizontal que ya figuraba en el Registro, o, quizá más exactamente, como resultado de la citada cláusula II, hay una nueva división horizontal, puesto que hay un nuevo edificio—el resultante—, en el que viviendas y locales se describen con referencia a la división horizontal anterior, con las necesarias modificaciones, por una razón de economía, y si en las operaciones registrales procedentes para hacer constar la nueva situación está comprendida alguna cancelación, es evidente que el consentimiento del titular único del asiento que se ha de cancelar está comprendido en su otorgamiento y en la solicitud de inscripción de la nueva división horizontal; que en cuanto al segundo motivo de la nota hay que resaltar que la agrupación es un negocio jurídico unilateral, por el que dos o más fincas se convierten en una sola, dependiendo su posibilidad de que a lo resultante convenga el concepto de finca, es decir, cuando haya continuidad territorial y una misma titularidad dominical; que este negocio jurídico de agrupación tiene su acceso al Registro de la Propiedad mediante la operación registral, también llamada agrupación regulada por el artículo 44 del Reglamento Hipotecario; que, como consecuencia, la agrupación de finca libre y finca gravada es posible; que en nuestro caso, la resolución de la adquisición de don Zacarías Romero al Ministerio de la Vivienda no puede producirse, toda vez que el adquirente ha cumplido todas las obligaciones pactadas, como lo demuestra la obtención de la cédula de calificación definitiva y la certificación del Ministerio declarando que no encuentra obstáculo para la agrupación; que en todo caso, si tal causa fuera obstáculo para inscribir no se trataría de un defecto insubsanable, sino subsanable; que en cuanto al tercer motivo de la nota, cabe alegar que el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal establece normas sobre la fijación de las cuotas de los diferentes departamentos, pero en modo alguno de forma imperativa, sino que, por el contrario, se trata de reglas orientativas, dirigidas al juzgador o árbitro que haya de tomar una decisión en caso de desacuerdo entre los interesados; que si hay unanimidad, como en nuestro caso, en que se trata de titular único, la libertad para la fijación de cuotas es total;

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Notario autorizante del instrumento y declarando además que en el caso de autos existen dos edificios colindantes que físicamente constituyen uno solo (art. 44, 1.º, del Reglamento Hipotecario) pertenecientes a un mismo propietario, sin que sea óbice para esta agrupación el hecho de que el primer edificio se halle en régimen de propiedad horizontal, al no existir ningún precepto legal que lo prohíba, y porque, en todo caso, el régimen de propiedad

horizontal del edificio resultante de la agregación queda debidamente determinado en la escritura.

Apelado el Auto presidencial por el Registrador, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto que había revocado la nota del apelante, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—El primero de los defectos de la nota plantea la cuestión de si es posible que el propietario único de dos fincas registrales colindantes pueda proceder a su agrupación, teniendo en cuenta que sobre una de ellas se ha construido un edificio que comprende seis plantas, sótano y planta baja—constituida ya en régimen de propiedad horizontal—, y sobre la otra sólo se ha edificado sótano y planta baja, y que todo el conjunto constituye una unidad arquitectónica en la que aparecen comunicadas las dos plantas inferiores;

El artículo 44 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción como una sola finca registral, con arreglo al artículo 8 de la Ley y siempre que pertenezcan a un solo dueño las agrupaciones de fincas urbanas colindantes que físicamente constituyan un solo edificio o casa-habitación

El anterior precepto tiene una clara justificación, pues al constituir todo lo edificado una unidad arquitectónica necesaria susceptible de una propiedad horizontal única, puede realizarse la agrupación de las diferentes fincas que lo constituyan, con lo que se evita la ficción registral de dos o incluso más inmuebles distintos que corresponden a un solo edificio de la vida real, con la consiguiente falta de claridad en los libros registrales y haberse tenido que adoptar soluciones jurídicas al servicio de esta ficción—creación de servidumbres recíprocas—para mantener un formalismo inadecuado y contrario a la sencillez que debe ser la norma de toda relación de derecho;

En el presente caso, de la lectura de la escritura calificada, así como de los respectivos informes del recurrente y funcionario calificador, aparece claro que sobre dos solares contiguos se construyó un solo edificio o dos tan íntimamente relacionados, en el que sobre una parte se levantaron una serie de plantas para vivienda—excepto la baja y sótano—, y en la otra—por razones de limitación urbanística—sólo sótano y planta baja, que forman un único cuerpo con las correspondientes a la parte edificada más elevada, por lo que de no existir algún otro obstáculo, en principio nada se opone con arreglo al artículo 44 del Reglamento para que puedan agruparse y formar una sola finca independiente;

El hecho de que uno de los edificios está ya constituido en régimen de propiedad horizontal no es obstáculo para que en principio pueda realizarse su agrupación con la totalidad del colindante, siempre que se cumplan las normas sobre la materia y se tengan en cuenta los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, y sin que se oponga a ello el artículo 8, 1.º, de esta última Ley, que se refiere exclusivamente a la posibilidad de agregar o agrupar pisos dentro de un mismo edificio, y por tanto no es aplicable a un supuesto totalmente distinto, como es el que se está examinando, en donde no hay agrupación o agregación de pisos y locales de distintos edificios, sino poner en concordancia la realidad extrarregis-

(1) Vistos los artículos 8 y 10 de la Ley Hipotecaria, 44 del Reglamento para su ejecución, la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y las Leyes del Suelo de 12 de mayo de 1956 y 9 de abril de 1976.

tral con la registral mediante la agrupación de dos fincas urbanas en una sola;

El segundo de los defectos, tal como se deduce del informe del funcionario calificador, queda reducido al hecho en si al estar sometida una de las parcelas a una cláusula de reversión «por la autonomía jurídica especial» del polígono a que pertenece, puede esta circunstancia ser un obstáculo a la agrupación realizada, dado que en la otra parcela no existe tal limitación;

La decisión de realizar o no una agrupación corresponde, según el artículo 44 del Reglamento, al propietario de los inmuebles que se tratan de agrupar, sin que de ningún precepto legal o reglamentario resulte limitada esta facultad, en el supuesto de que existieran titulares de derechos reales sobre las susodichas fincas, pues lo único que sucede es que estos titulares no se verán afectados por la agrupación realizada, y en este sentido el artículo 110, 1º, de la Ley Hipotecaria presupone que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la otra porción agrupada, y norma similar se encuentra en el artículo 17 de la Ley de Censos Catalanes de 31 de diciembre de 1945;

Por tanto, la agrupación realizada es posible al no existir ningún obstáculo legal que se oponga, si bien subsistirá sobre una de las parcelas el derecho de reversión establecido a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, en los supuestos pactados, y que podría dar lugar, en tanto subsista, a una posible y futura división de la nueva finca, caso de que se ejercitase con éxito dicho derecho;

Al haber desistido el funcionario calificador de la primera parte del tercer defecto sólo queda por examinar el resto que hace referencia a la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local;

La Ley de Propiedad Horizontal enumera en su artículo 5—sin que tenga carácter limitativo—algunos de los elementos o valores a tener en cuenta por el propietario para la fijación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, materia que en cuanto a su fondo, y por su propia índole, escapa a la calificación del Registrador, que ha de limitarse a examinar si se han cumplido los requisitos legales, y aunque no deja de llamar la atención que tras la agrupación realizada—que lógicamente habría de dar lugar a una redistribución de cuotas entre los distintos pisos y locales, al haber aumentado dos de ellos en extensión superficial—, sigan subsistentes las primitivas cuotas señaladas para uno sólo de los edificios, no cabe duda que al poder ser fijadas en su conjunto por el propietario único se ha cumplido la prescripción establecida en el párrafo 2.º del enumerado artículo 5 de la Ley.

COMENTARIO.—A) *La agrupación de edificios en régimen de propiedad horizontal*

1. El primero de los defectos expresados en la nota de calificación parte de que los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal no son susceptibles de agrupación con otro edificio constituido o no en régimen de propiedad horizontal. Esta idea está clara en el primer apartado de la nota de calificación, aunque en el informe se presente el obstáculo del texto del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal con el carácter de un agravante de la imposibilidad general de agrupar los edi-

ficios en razón a las dificultades que al requisito de unidad de la finca resultante ofrece la existencia de dos edificios distintos.

Prescindiendo de las discusiones que se entablan sobre este primer defecto en los informes del Notario y del Registrador, en torno a si existía unidad de edificación en el conjunto o en cada uno de los edificios en el caso concreto, centraremos el problema planteado únicamente en la pregunta de si, efectivamente, el que uno de los edificios o los dos que se pretenden agrupar estén constituidos en régimen de propiedad horizontal es una agravante a las generales dificultades que la independencia arquitectónica u orgánica de los edificios puedan representar para la agrupación.

El Registrador alega el texto del artículo 8 de la Ley especial y el carácter imperativo del precepto. Entiende que en una propiedad horizontal no cabe otra agrupación que la que se realice conforme a dicho artículo por agregación de pisos o locales colindantes del mismo edificio, quedando excluida por dicho precepto tanto la agrupación de pisos o locales de un edificio en propiedad horizontal con otros de otro edificio como la total agrupación de un edificio en propiedad horizontal con otro edificio.

En el caso del recurso, la pregunta ha de concretarse a si el artículo 8 de la Ley se opone a la agrupación de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal cualquiera que sea la complicación que se origine por la circunstancia de que la agrupación de edificios produzca a la vez agrupaciones de pisos o locales de uno de los edificios con pisos o locales del otro. El informe del Registrador contesta afirmativamente a esta pregunta, pero con excesiva simplicidad, ya que se limita a apoyarse en el texto literal del precepto y en la alegación de su carácter imperativo, sin ninguna determinación del sentido y campo de tal carácter en el precepto. El Notario no replica directamente al argumento del Registrador, prefiriendo el circunloquio de que ni el artículo 44 ni los concordantes que regulan la agrupación distinguen el caso de las fincas en propiedad horizontal ni le excluyen, alegando a continuación que la modificación de la división, que simultáneamente se opera, origina una nueva propiedad horizontal en la nueva y única finca. La Resolución dedica los cuatro primeros considerandos a la demostración de hecho y de derecho de que no existe inconveniente para la agrupación en el supuesto contemplado y en el 5.º despeja también el supuesto obstáculo derivado de la existencia del régimen de propiedad horizontal en uno de los edificios, fijándose especialmente en que el artículo 8, 1.º, de la Ley especial se refiere exclusivamente a la posibilidad de agrupar pisos dentro de un mismo edificio, pero no es aplicable al supuesto totalmente distinto en donde no hay agrupación o agregación de pisos o locales de distintos edificios, sino puesta en concordancia de la realidad registral con la extrarregistral mediante la agrupación de dos fincas urbanas en una sola.

2. Este primer defecto, objeto de los cinco primeros considerandos, está bordeando un problema mucho más frecuente y urgente de resolver que el planteado en el recurso. Nos referimos al supuesto de agrupación de pisos o locales de dos edificios distintos constituidos en propiedades horizontales también distintas. El caso es muy frecuente en plantas destinadas a garajes-aparcamientos allí donde resulta conveniente la agrupación de dos o más locales, por lo general en sótanos, con dicho destino y, en cambio, no resulta conveniente refundir en una sola propiedad hori-

zontal única el conjunto de los dos o más edificios en los que se sitúa el garaje-aparcamiento.

La situación de la práctica es desgraciadamente contradictoria no sólo por lo discutido de la posibilidad de tal agrupación, sino porque es muy frecuente que Notarios y Registradores rotundamente opuestos a esa posibilidad sean menos rigurosos cuando se trata de autorizar o inscribir Estatutos en los que, al socaire de la norma de dispensa de la autorización de la Junta para realizar las divisiones, segregaciones y agregaciones de pisos o locales contempladas por el artículo 8 de la Ley, se amplía la posibilidad de la agrupación a la efectuada con locales pertenecientes a otro edificio colindante. Innecesario decir cuán absurdo resulta negarse a la agrupación si la norma dicha aparece inscrita en ambas propiedades horizontales cuyos respectivos locales se pretenden agrupar.

No conocemos mucha literatura sobre el problema ni es ocasión ésta de entrar en su estudio. Sólo apuntaremos que uno de los argumentos más eficaces de la tesis opuesta a tal agrupación es el texto literal del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal y trataremos de analizar si la Resolución que comentamos contiene, aunque sea incidentalmente, alguna aseveración aprovechable para resolver la cuestión, por contener algún indicio de la doctrina del Centro Directivo sobre el mismo.

Solamente el 5.º considerando pudiera resultar útil, pues los cuatro primeros se limitan a justificar la agrupación de edificios en general, y conforme al artículo 44 del Reglamento Hipotecario, siempre que constituyan una unidad y precisamente para lograr la concordancia del Registro y la realidad. En el considerando quinto apuntan dos ideas que pueden conducir a las dos soluciones contrarias. Una favorable a la admisión de las agrupaciones que nos ocupan: la de que el artículo 8, 1.º, en cuanto se está refiriendo exclusivamente a la agrupación de pisos o locales dentro de un mismo edificio no es aplicable a un supuesto distinto no contemplado por el precepto. Partiendo de esta idea el problema será totalmente ajeno al precepto, porque éste no contendría *a sensu contrario* ninguna norma prohibitiva de la agrupación discutida. Por el contrario, el mismo considerando hace otra afirmación que pueden alegar a su favor los mantenedores de la solución negativa, cuando dice que el precepto del artículo 8 no es aplicable a un supuesto distinto, como el del caso en donde no hay agrupación de pisos y locales de distintos edificios. Parece, pues que donde hay tal agrupación sí sería de aplicación el artículo 8, aplicación que no podría ser otra que la prohibición de la agregación *a sensu contrario* (2).

Opino que en el considerando 5.º existe cierta distorsión lógica en la refundición que hace de ambas ideas dispares y por ello lo mejor es darle una *interpretatio abrogans* de la que resultaría estimarle totalmente neutro y carente de toda doctrina respecto a la agrupación de locales de distintas propiedades horizontales, de manera que la Dirección nada habría prejuzgado sobre ella en dicho considerando, ni habría desvirtuado, en ningún sentido, la argumentación de quienes defienden la posibilidad de tales agrupaciones basada en que la finca-piso o local de la propiedad horizontal es al fin y al cabo finca independiente—aunque algo menos independiente que la ordinaria—y que tales agrupaciones—más o

(2) Partimos naturalmente de la necesidad de prescindir de la defectuosa técnica del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal al mencionar sólo la división, la agregación y la segregación, silenciando precisamente la agrupación.

menos relativas—vienen impuestas por la necesidad de concordar la realidad extrarregistral, idea última del considerando 5.º y también de los cuatro primeros.

Creo, pues, que en última instancia el problema de las agrupaciones de locales de propiedades horizontales distintas será resuelto conforme a las necesidades de la realidad, salvando como proceda los inconvenientes que puedan presentar los conceptos jurídicos anteriores al problema.

B) *Incidencia registral del polígono urbanístico*

Relacionándole con el concepto geométrico y con el concepto jurídico vulgar, fue la legislación catastral la primera que recogió un concepto jurídico estricto de polígono, de carácter geográfico-cartográfico. La Ley de 23 de marzo de 1906, al dividir el Avance en dos partes la planimétrica y la agronómica, refería la primera a obtener el plano de cada término municipal, situando dentro de este perímetro los polígonos topográficos determinados por líneas permanentes del terreno y por sus accidentes más notables como ríos, canales, arroyos, etc.; y la segunda a determinar las parcelas, coordinando en lo posible el aspecto jurídico y agronómico de las mismas dentro de los polígonos. Vemos, pues, cómo el polígono es para la legislación catastral un medio de hacer delimitaciones de máxima permanencia en la superficie terrestre para facilitar la planimetría y el enmarque de las parcelas dentro del polígono.

El concepto urbanístico del polígono fue desde el principio más sofisticado y complejo, incluso cuando se concebía exclusivamente como superficie que ha de ser objeto de una expropiación. Luego, a través de sucesivas matizaciones del concepto, el polígono se ha venido a identificar con la unidad de actuación urbanística, aunque no totalmente, puesto que si bien en principio la gestión urbanística se realizará por polígonos, y por ello los planes han de ejecutarse por polígonos completos, esto ha tenido y tiene sus excepciones, que en la vigente Ley del Suelo se han pretendido concretar en dos únicos supuestos: cuando se trata de la ejecución directa de los sistemas generales o alguno de sus elementos, o bien de actuaciones aisladas en suelo urbano.

Viene a complicar el concepto urbanístico del polígono el que, al contrario del catastral, es una unidad territorial totalmente artificial y desconectada de todo dato geográfico o topográfico. Su delimitación ha de realizarse con datos exclusivamente urbanísticos, y por tanto, como el planeamiento mismo, es producto de la imaginación y la prospectiva a partes iguales.

Ningún objeto tendría detenernos aquí en la reglamentación legal de los polígonos urbanísticos, de su delimitación, de los requisitos y procedimientos de ésta, etc., etc. Menos aún tratar de las vacilaciones que en la Ley pueden observarse sobre el binomio polígono-sector, especialmente en orden a la novísima idea del aprovechamiento medio (3). Nos basta con indicar que, en nuestra opinión, la primera y gran dificultad que presenta

(3) Para el estudio del concepto, naturaleza, requisitos, delimitación, etc., del polígono, ver JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, págs. 653 y ss., y las obras de NÚÑEZ RUIZ y ESPEJO que él cita. Para el estudio del aprovechamiento medio en sectores y polígonos ver RICARDO SANTOS: *El aprovechamiento medio como instrumento de gestión urbanística*, Madrid, 1978.

la ineludible (4) tarea de coordinar la legislación hipotecaria con la urbanística es la de encontrar una fórmula idónea para obtener la colocación de las fincas registrales dentro de las unidades de actuación urbanística, cosa que no es sino la actualización amplificada de la tradicional dificultad de coordinar cualquier expropiación con el Registro de la Propiedad.

La nota de calificación, en el segundo de los motivos de denegación, parte de una supuesta imposibilidad de modificar la delimitación de la parcela en que se sitúa el segundo de los edificios que se pretende agrupar porque ello modificaría la delimitación del sector, del polígono y del plan parcial de urbanización, lo que no es posible por la naturaleza misma del polígono: unidad funcional en espacio y volumen con especial autonomía jurídica y núcleo unitario de edificaciones y servicios. Vemos cómo la nota está trazando los contornos de la figura técnico-jurídica del polígono urbanístico configurado por la Ley del Suelo y la doctrina y jurisprudencia urbanística. Si vemos cómo, por ejemplo, NÚÑEZ RUIZ caracteriza el polígono como unidad funcional en espacio, volumen y servicios, de lo que deriva su especial autonomía técnica y jurídica (5), palabras casi literalmente recogidas en la nota, hemos de deducir que el Registrador en ella pretendía que la delimitación del polígono urbanístico obliga a acomodar las fincas registrales a esta delimitación, de manera que iniciada la gestión urbanística resulte imposible que una finca registral quede situada en dos o más polígonos distintos. Acaso esta idea pueda estimarse como *desideratum* de una coordinación maximalista de las legislaciones urbanística e hipotecaria, y es posible que el grave problema de la coordinación de las fincas registrales y las parcelas comprendidas en un sector, polígono y unidad de actuación urbanística sea abordado partiendo de tal principio, sin perjuicio de los naturales temperamentos.

Pero lo que parece excesivo es que tal exigencia pueda estimarse Derecho positivo vigente del que pueda derivar la denegación de agrupación de dos fincas, una situada dentro y otra fuera de un polígono. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el proceso de gestión urbanística parecía estar ya consumado, pues se trataba de agrupar edificios construidos que es de suponer gozasen de las debidas licencias, en el caso concreto reforzadas por la calificación concedida al total de lo edificado por el Instituto de la Vivienda.

Lo cierto es que el Registrador en su informe parece iniciar un repliegue a posiciones más seguras y afirma que no había pretendido denunciar ninguna infracción de la Ley del Suelo, y reconoce que ésta no afecta a la cuestión debatida, que se refería únicamente a las enajenaciones de parcelas del Instituto Nacional de la Vivienda reguladas por el Decreto de 16 de junio de 1966 (suponemos que es error del *Boletín Oficial* citar el Decreto 1483/1966, de 18 de julio).

Este Decreto de 16 de junio de 1966 permitió al Instituto Nacional de la Vivienda, previa autorización del Consejo de Ministros, enajenar por gestión directa terrenos y solares de su propiedad para la construcción de edificios o instalaciones de servicios de interés público o social, e incluso adjudicar parcelas a promotores de viviendas por razones de interés social o de urgencia. Pero en realidad este Decreto no altera el problema

(4) Decimos ineludible porque creemos que la disposición final 13 de la Ley de 2 de mayo de 1975, cuando autoriza al Gobierno para acomodar la legislación hipotecaria a la Ley del Suelo, le está otorgando competencia para ello, pero no dejando a su libre albedrío realizar o no tal acomodación.

(5) MIGUEL ANGEL NÚÑEZ RUIZ: *Ejecución de los Planes de Urbanismo*, Madrid, 1974.

de calificación planteado en el recurso, pues expresamente determina que tratándose de parcelas de polígonos residenciales ha de estar aprobado el plan parcial y previsto en él, el edificio o servicio de que se trate, que el solicitante ha de comprometerse a sujetar la construcción o instalación a las ordenanzas del polígono, sometiendo el proyecto a la aprobación del Instituto, y tratándose de promotores de viviendas, la adjudicación ha de hacerse una vez aprobado el plan parcial de ordenación del polígono con arreglo a las normas vigentes y previa autorización del Consejo de Ministros. El régimen jurídico especial de la parcela sobre la que se había construido el segundo edificio distinto al de la otra, en rigor no derivaba ni del reseñado Decreto ni propiamente de la adjudicación o enajenación realizada por el Instituto de la Vivienda, sino de su enmarque dentro de un polígono que como cualquier otro lleve determinados condicionamientos o gravámenes urbanísticos, aunque registralmente resulten éstos especialmente destacados por cláusulas del título traslativo inscrito, cosa que no ocurre en general, precisamente por la general falta de reflejo registral del *status* y de las cargas urbanísticas que afectan a los sectores, a los polígonos y a las fincas, por la falta de coordinación en concreto entre las titularidades inscritas y su *status* urbanístico, y desde el punto de vista del Derecho objetivo, por la falta de coordinación entre legislación urbanística y legislación hipotecaria.

C) *La calificación registral y la fijación de la cuota de participación*

El apartado segundo del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal contiene dos normas muy diversas desde el punto de vista de la calificación del Registrador: una relativa a los modos de fijar la cuota de participación que éste ha de tener en cuenta, y otra relativa a las bases, factores o elementos para la determinación de las cuotas, que, al parecer, queda fuera del ámbito de la calificación. La nota de calificación es un tanto imprecisa al llegar al tercer defecto (6), consistente en no haberse observado lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 5.º de la ley. Ni el escrito de recurso ni los informes del Registrador y del Notario centran correctamente la discusión sobre este punto, al menos tal como quedan sintetizados en los respectivos resultando, y es preciso llegar al último considerando para ver claramente que el problema consistía en saber si el Registrador podía rechazar que se mantuviesen las cuotas de la propiedad horizontal, a pesar de que la agrupación aumentaba la superficie de dos de los locales y no la de los restantes elementos del edificio. Registrador y Notario plantean la discusión en torno a la naturaleza imperativa o dispositiva del apartado segundo del artículo 5.º, y tal planteamiento resulta en cierto modo estéril no sólo por hacerse sin el necesario ensamblaje entre las dos partes de dicho apartado (modos de determinación de las cuotas y bases para la determinación), sino por desconocerse la cuestión decisiva de si el Registrador puede calificar la más o menos correcta aplicación de los factores de determinación (superficie, emplazamiento, situación, uso de los servicios o elementos comunes) que haya hecho el propietario único o el acuerdo de todos los existentes.

(6) Mejor diríamos a la segunda parte del tercer defecto, pues en cuanto a la primera (falta de descripción del edificio resultante de la agrupación) el Registrador reconoce que fue consignada en la nota por error.

Nadie se acordó del artículo 11 de la ley, que al abordar concretamente el supuesto de construcción de nuevas plantas resulta casi directamente aplicable a nuestro caso, pues lo mismo es la ampliación del edificio en sentido vertical que en sentido horizontal. Según este precepto, el acuerdo que se adopte (en nuestro caso, la escritura de agrupación y modificación de régimen de la propiedad horizontal) fijará la variación de cuotas, dando a entender que es imprescindible en este supuesto tal variación. Efectivamente, lo mismo la construcción de nuevas plantas que la agrupación realizada en nuestro caso, lógicamente ha de dar lugar a una redistribución de cuotas. Cabría entonces entender que, por analogía, en nuestro caso también era imperativo que existiese una alteración de las cuotas por consecuencia de la agrupación que incrementa un elemento privativo y no los otros.

Decíamos que la discusión sobre la naturaleza imperativa o dispositiva del apartado segundo del artículo 5.º resulta estéril, por no precisar las dos normas reunidas en dicho apartado. El mandato legal de fijar las cuotas de participación en el título constitutivo es norma de *jus cogens*, porque la Ley ha partido del principio de que tal determinación es esencial para la existencia de la propiedad horizontal, máxime cuando, como dice la Exposición de Motivos, el coeficiente o cuota no es sólo la participación en los elementos comunes, sino que expresa activa y pasivamente el valor proporcional del piso en el conjunto del inmueble (7). A continuación, el precepto indica cuatro diversos modos o procedimientos de fijar las cuotas, y en este pasaje ya comienza su imprecisión al no fijar ningún rango o jerarquía entre estos cuatro procedimientos desde el punto de vista de la posibilidad o imposibilidad de alterar las cuotas una vez fijadas, y especialmente teniendo en cuenta que a continuación se enumeran cuatro elementos (superficie, emplazamiento, situación y uso de los servicios o elementos comunes) en la base de fijación de los coeficientes, que no se sabe hasta dónde son vinculantes para todos los diversos procedimientos de determinación de las cuotas.

Son múltiples los problemas que las referidas imprecisiones plantean en orden a la modificación de las cuotas en los diversos supuestos (tanto de procedimientos como de criterios de determinación); pero aquí sólo nos interesa el de la actitud del Registrador en el momento de calificar un título constitutivo de una propiedad horizontal, o modificativo de los coeficientes anteriormente fijados, otorgado por el propietario único del edificio (o los propietarios de todos los pisos).

Se me dirá en seguida que sólo mi afán de crearme problemas puede llevarme a dudar de que el propietario único es libre para la determinación de las cuotas aplicando libremente los criterios a tomar como base para la fijación que el precepto determina, y que asimismo es libre para alterar las cuotas que antes había fijado por medio de una escritura de rectificación, ambas cosas sin perjuicio de que puedan ser impugnados por alguien estos coeficientes. La calificación registral no puede entrar en si el propietario ha tenido en cuenta mejor o peor los criterios de superficie, em-

(7) Esto no es obstáculo para que excepcionalmente haya de considerarse como existente una propiedad horizontal sin que *aún* estén fijadas las cuotas o coeficientes. Incluso la Dirección General ha tenido ocasión de enfrentarse con alguno de estos supuestos excepcionales. En lo que no estamos conformes es en admitir el supuesto como normalmente reconocido por la Ley por el hecho de decir literalmente el precepto de que tratamos que las cuotas pueden ser determinadas por acuerdo de todos los propietarios *existentes*, dando a entender que es normal que exista propiedad horizontal sin determinación de los coeficientes.

plazamiento, situación, etc. Como dice el último considerando, el Registrador ha de limitarse a examinar si se han cumplido los requisitos legales o, lo que es lo mismo, si las cuotas de participación se han determinado por el propietario único, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial; pero escapan a la calificación, en cuanto a su fondo y por su propia índole, los elementos o valores enumerados—sin carácter limitativo—por el apartado segundo *in fine* del artículo 5.º de la ley.

Creo que esta doctrina sentada por la Dirección es irreprochable, porque carece de sentido que el Registrador, o el Centro Directivo, ante un recurso, entren a discutir con los interesados sobre la más o menos correcta aplicación de los criterios de determinación de la cuota. Sin perjuicio de esto, no debe dejar de inquietarnos el encaje del error manifiesto de hecho o de derecho en la calificación registral. Es cierto que grandes zonas del error del negocio jurídico y del contrato son de total sombra para la calificación registral, pero hay algunas zonas que, en tanto en cuanto queden claramente manifiestas a la vista del funcionario calificador, deben ser acusadas por éste para no trasladar el error al Registro sin tomar las medidas conducentes a una rectificación suficiente. El ejemplo más sencillo sería el de una escritura en la que afirmándose expresamente que los coeficientes se fijaban atendiendo exclusivamente al criterio de la superficie útil de los pisos resultase comprobado error en la aplicación de tal criterio. Este debió ser el enfoque del defecto tercero, por resultar notorio que teniendo en cuenta la indudable importancia que el elemento superficie debe tener en la determinación de las cuotas, el mantenimiento de las mismas existentes antes de la agrupación sólo podía obedecer a un olvido de la necesidad de retocar las mismas. Ahora bien: no puede identificarse totalmente el defecto del título con la manifestación por el Registrador de un posible o presunto error, por cuanto ésta puede ser replicada por los interesados de muy diversas maneras según los casos, no siempre coincidentes con la ordinaria subsanación de defectos. Así, por ejemplo, en nuestro caso el Registrador tenía que pasar por la mera alegación de no haberse estimado la alteración de superficie suficientemente importante como para producir modificación de las cuotas, o la de que por errores cometidos en la primera determinación de cuotas, por haberse tenido en cuenta las superficies posteriores a la agrupación, la determinación correcta, para después de ésta, es la primitivamente efectuada. Aun así, no debe llegarse a la conclusión de que el Registrador debe, en todo caso, abstenerse de suspender la inscripción en base a un presunto error, por la sola circunstancia de que la simple voluntad de los otorgantes pueda prevalecer sobre el error de hecho o de derecho padecido, pues no nos ofrece duda de que es auténtica subsanación de defecto esta voluntad expresa de que la anterior voluntad declarada se mantiene aun después de reconocer que fue producto de error. El ejemplo más claro de esto es el de que no deja de ser defectuosa una partición practicada con error de derecho sobre las normas de la sucesión abintestado, a pesar de que todos los herederos intervinientes mayores de edad puedan luego mantener intactas las adjudicaciones efectuadas mediante su voluntad expresa de mantenerlas a pesar de todo, pues este mantenimiento es un negocio jurídico distinto adicionado al particional, sin duda erróneo.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: DERRIBO DE EDIFICIO Y CONSTRUCCION DE OTRO NUEVO CON MAYOR NUMERO DE VENTANAS Y HUECOS QUE EL ANTIGUO. VALOR DEL REGISTRO RESPECTO A LOS DATOS DE HECHO DESCRIPTIVOS: NO GARANTIZA SU EXACTITUD. LA INSCRIPCION NO ES CONSTITUTIVA (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Bienvenido V. Valiente formuló demanda contra don Tomás L. Santamaría sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, estableciendo en síntesis: que es dueño como libre de cargas de una finca rústica de regadío por cuyo lindero este limita con la casa del demandado, sita en plaza de Manrique, número 4, de Molina de Aragón; que este último ha procedido al derribo de la antigua casa y está construyendo una nueva finca urbana compuesta de planta baja y cuatro plantas más; que el antiguo edificio sólo constaba de planta baja y dos más, y el demandado no tenía en la planta baja hueco ni ventana de ninguna clase, y únicamente tenía en las dos plantas superiores, primera y segunda, abiertos en cada una de ellas, tres huecos de idénticas dimensiones en las dos plantas, dos laterales alargados hacia arriba y uno central alargado en sentido horizontal; que en la actualidad, en la nueva construcción, ha procedido a la apertura de tres huecos en la planta baja, y en las plantas primera, segunda, tercera y cuarta, tres huecos con grandes vistas sobre la finca del demandante en cada una de ellas: los de las plantas tercera y cuarta totalmente nuevos, y los de las plantas primera y segunda de mayores dimensiones y distinta forma de las que tuvo el edificio o casa vieja derribada. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado a que cierre con obra de fábrica la totalidad de los huecos abiertos en las cuatro plan-

tas, además de todos los abiertos en la planta baja, y para el supuesto de que el Juzgado entendiese que no procedía el cierre total según lo pedido, que se condene al demandado a cerrar las ventanas de las plantas baja, tercera y cuarta en su totalidad, y que los huecos o ventanas de las plantas primera y segunda queden en el mismo estado y con las mismas dimensiones que siempre tuvieron en la casa antigua que se derribó.

El demandado se opone destacando que la finca del actor tiene una superficie, según el título, de 256 metros cuadrados, superficie que no cubre un pasillo de terreno propiedad del demandado al que dan las ventanas y huecos abiertos. Suplica se dicte sentencia declarando no haber lugar a ninguna de las peticiones de la demanda, y en caso de no admitirse así, se estime la reconvencción que formula declarando que la finca del actor está gravada con servidumbre de vistas, constituidas éstas por dos ventanas de grandes dimensiones y un balcón con galería exterior en la planta principal y tres ventanas de grandes dimensiones en la planta segunda.

El Juzgado de Primera Instancia de Molina de Aragón dictó sentencia estimando en parte la demanda y condenando al demandado a que cierre con obra de fábrica la totalidad de los huecos abiertos en la planta baja y en las cuatro plantas superiores en su pared propia contigua a la finca del actor, salvo el hueco central de la primera planta. Estima también en parte la reconvencción formulada por el demandado declarando que la finca del actor está gravada en favor de la finca del demandado por servidumbre de vistas, constituidas éstas por un hueco con voladizo central en la primera o principal de sus plantas.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, en base a lo siguiente:

«Considerando que en el motivo primero denuncia el recurrente la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, por entender que si en la escritura pública de compraventa, fecha 28 de julio de 1967, título en el que ampara su dominio el actor, consta que la medida superficial de la finca es de 256 metros cuadrados, se ha cometido aquel error al apreciar que su propiedad tenía más de 300 metros cuadrados y que llegaba a la línea de fachada del edificio del impugnante.»

«Considerando que este motivo no puede prosperar: Primero, porque es constante la doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor la exactitud de las manifestaciones que en el documento público hagan los contratantes carece de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, pudiendo esta prueba ser combatida y desvirtuada por los demás medios probatorios (Sentencias de 8 de marzo de 1961, 8 de octubre de 1966 y 24 de mayo de 1973, entre otras muchas). Segundo, porque en las sentencias de primera y segunda instancia no se declara que la propiedad del actor se extienda a más de 300 metros cuadrados. Tercero, porque, en definitiva, la cabida consignada en aquel instrumento público carece de carácter decisivo para fundamentar la tesis del hoy recurrente, relativa a la pretendida existencia de una franja de terreno de más de dos metros de anchura que corre a lo largo de la línea de fachada del edificio levantado por el demandado, que no pertenece al

demandante, puesto que no hay razón para situar el exceso de cabida aludido precisamente a lo largo de aquella línea y entre los predios de los hoy litigantes.»

«Considerando que el motivo siguiente acusa la violación por inaplicación del artículo 350 del Código Civil, en relación con el artículo 348 del mismo texto legal y de los artículos 9.º, 32, 193 y 201 de la Ley Hipotecaria: motivo que debe correr la misma suerte que el primero, dado que el único precepto que se reputa infringido, el citado artículo 350, se limita a establecer que el propietario de un terreno es dueño de su superficie, pero sin prejuzgar la extensión real de ésta, lo mismo que el artículo 348, con que el recurrente lo pone en relación, y en cuanto a las referidas normas de la Ley Hipotecaria, debe advertirse, por un lado, que la inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo para la adquisición del dominio de los excesos de cabida de las fincas inscritas y, por otro, que la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.»

«Considerando que el motivo tercero se halla incurso en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729, en relación con el párrafo primero del artículo 1.720 de la Ley Procesal, ya que, como reiteradamente tiene proclamado esta Sala, se falta a la claridad y precisión exigidas por esta última norma, respecto a la expresión del concepto de la infracción, cuando se invocan dos que sean incompatibles, cuales los de «violación» y «aplicación indebida», causa de inadmisión que en esta fase procesal lo es de desestimación.

«Considerando que el motivo cuarto y último tampoco merece ser estimado, toda vez que como base de la acusada violación por inaplicación del artículo 582, párrafo primero, del Código Civil, se parte de un supuesto, consistente en que la propiedad del hoy recurrido no alcanza a la franja de dos metros contada desde la línea de fachada del edificio construido por el recurrente, supuesto expresamente rechazado por los juzgadores de instancia, por lo que se impone, en definitiva, declarar no haber lugar al recurso con los efectos señalados en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

COMENTARIO.—Merece comentarse esa fugaz declaración de esta sentencia, al final del «considerando» tercero, de «que la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas».

Dicha declaración podía dejar en mal lugar la posición que mantienen algunas sentencias del propio Tribunal Supremo acerca de la aplicación del principio de legitimación registral a los datos de hecho o descriptivos.

De la línea seguida por la jurisprudencia en este aspecto nos ocupamos con detenimiento al comentar una anterior sentencia, la de 20 de mayo de 1974, en el número 509 de esta Revista, en cuyo comentario advertíamos de la existencia de una jurisprudencia contradictoria, confusa y vacilante que creíamos había quedado superada por esa última sentencia de 20 de mayo de 1974, de la que dijimos que marcaba una época «esclareciendo el sentido de la jurisprudencia, después de la multiplicidad de sentencias de signo diverso, y reforzando la doctrina legal de la de 21 de marzo de 1953 (que también marcó época) y las que la siguen, de 25 de enero de 1958 y 27 de enero de 1973, con lo que, en definitiva, hay fuerte base para entender que el Tribunal Supremo extiende la presunción *iuris tantum* de

exactitud registral a los datos físicos de la finca» (pág. 979 de ese número 509).

¿Qué decir ahora, después de esta declaración de la sentencia?

En primer lugar, hay que decir que se trata de una declaración innecesaria desde la perspectiva de la propia sentencia, lo que ya de entrada puede limitar el valor de la misma frente a esa otra línea jurisprudencial.

Decimos que es innecesaria porque bastaba con esa declaración anterior de «que la inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo para la adquisición del dominio de los excesos de cabida de las fincas inscritas» y, sobre todo, por lo que acaba de decir en el «considerando» anterior respecto a que «la cabida consignada en aquel instrumento público (y en el Registro) carece de carácter decisivo para fundamentar la tesis del hoy recurrente». Efectivamente, no se trata de que los datos del Registro relativos a la descripción no tengan valor en este caso, sino que la cabida resultante del Registro nada significa respecto a la existencia o no de una franja de terreno situada en la finca del demandado, en el límite de la del actor. Como dice la sentencia, «no hay razón para situar el exceso de cabida aludido precisamente a lo largo de aquella línea y entre los predios de los hoy litigantes». Para confirmar que todo esto nada tiene que ver con la pretendida ineficacia de los datos descriptivos registrales, también podía haberse dicho que como no consta la existencia de esa supuesta franja de terreno en los libros registrales hay que presumir que la misma no existe, o quizá que la finca del demandado lindaba según el Registro con «casa» del actor, o también que la finca del demandado no señalaba unos linderos de la casa que probasen que a continuación existiera una franja de terreno aneja a la misma. Es decir, que de los datos del Registro referentes a datos descriptivos pueden obtenerse conclusiones similares a las que pretende la presente sentencia, sin necesidad de decir que carecen de valor o de garantía. O si tales datos no se pronunciasen en esa forma terminante que acabamos de imaginar, tampoco se desprende del dato de una medida superficial inscrita que tenga que existir o no una franja de terreno en la finca en que el demandado construyó la casa con los huecos o ventanas, pues el Registro guardaba absoluto silencio sobre esa franja.

Tampoco queda claro a qué principio hipotecario se quiere referir la sentencia cuando dice eso de que «la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho». Sabido es que aquella línea jurisprudencial favorable a los datos de mero hecho se refería exclusivamente a la presunción derivada del principio de legitimación, no a la presunción *iuris et de iure* derivada del principio de fe pública. Al emplear ahora la sentencia este término de «fe pública» no sabemos si se refiere sólo al principio de fe pública o también al principio de legitimación. Ahora bien, parece que lo emplea en sentido amplio de «publicidad registral». Pero si esto es así merece crítica desfavorable, pues la presunción derivada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria ha de entenderse en el sentido amplio que denota la frase «en la forma determinada en el asiento respectivo», en la que caben perfectamente los datos descriptivos.

Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que hay que destacar otra limitación del ámbito de la declaración de la sentencia, pues no puede referirse a la exclusión de la presunción de exactitud en sentido positivo, sino, a lo sumo, a la exclusión de la presunción de integridad. Que para nada afecta

a la presunción registral de exactitud, se comprueba por dos razones: 1.ª Porque el supuesto de hecho no se refiere al aspecto positivo del dato inscrito, sino al valor que se pretende dar al hecho de no estar inscrito el exceso de cabida, lo que demuestra que no estamos en el campo de la presunción de exactitud, sino en el de la presunción de integridad, campo este último en que la doctrina duda que se aplique el principio de legitimación. 2.ª Porque no se plantea directamente la interpretación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino del artículo 32 en relación con el exceso de cabida no inscrito, precepto este que contempla el principio de que «lo no inscrito no perjudica a tercero».

Por tanto, aun en el supuesto de que se pretendiese dar cierto alcance a la declaración de esta sentencia, nunca podría decirse que desvirtúa la presunción de exactitud de los datos de hecho descriptivos que constan inscritos, sino únicamente que los datos descriptivos no quedan cubiertos por la presunción de integridad del artículo 32, lo cual dejaría amplio campo para que el principio de legitimación registral se aplicase a los datos descriptivos a través de la presunción positiva de exactitud, consistente en que lo inscrito se presume que es exacto, salvo prueba en contrario.

No obstante, aun así no estaríamos de acuerdo con que el principio de legitimación no deba aplicarse a la presunción de integridad, es decir, a la presunción de que lo que no consta inscrito se presume que no existe, salvo prueba en contrario, pues, como dijimos en otra ocasión, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944-46 alude a esa presunción de integridad y no sólo a la de exactitud.

En cualquier caso, una declaración como la de la presente sentencia, que hemos caracterizado como fugaz, innecesaria y carente de argumentación y de profundidad, no puede servir para deshacer aquella línea jurisprudencial contraria, que destaca la importancia de los datos descriptivos que constan inscritos en el Registro de la Propiedad.

TERRENOS DE PROPIEDAD PARTICULAR DENTRO DE LA ZONA MARITIMO-TERRESTE. EL DESLINDE ADMINISTRATIVO DE LA ZONA NO TIENE EFECTOS CIVILES DE ATRIBUCION DE PROPIEDAD NI DE POSESION A FAVOR DEL ESTADO. POSIBILIDAD DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA A FAVOR DE PARTICULARES CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE PUERTOS DE 1880, COMO CONSECUENCIA DE DEGRADACION NATURAL DE LA ZONA. VALOR Y FUERZA DE LA PRESUNCION REGISTRAL DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, presentó demanda contra doña M.ª Vicenta L. Arostegui, exponiendo que a solitud de la demandada se siguió expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre de la margen izquierda de la ría de Deva, que terminó con orden de deslinde que ganó firmeza al no ser objeto de recurso, suplicando se cite sentencia acordando la declaración de dominio público de los terrenos sobrantes del deslinde de la zona marítimo-terrestre, margen izquierda de la ría de Deva, término municipal de Motrico, y en su caso, la restitución.

ción por la demandada del terreno que ocupara o hubiera ocupado, así como la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de las inscripciones registrales.

La demandada contesta oponiendo que entre la antigua zona y la moderna existen terrenos de su propiedad que no pertenecen al dominio público.

Como hechos esenciales tenidos en cuenta en el pleito aparecen: a) Que por auto de fecha 1885, en expediente posesorio dictado por el Juzgado Municipal, entonces de Motrico, se declaró justificada la posesión en que se hallaba la antigua titular de la finca que se discute, lindante por el este y el sur con el río Deva, desde hacía cuarenta y cinco años, practicándose, en consecuencia, la inscripción primera de la finca en 1885, y a raíz de ella se realizaron sucesivas transmisiones, hipotecas y actos jurídicos de la finca, determinantes de sucesivas actividades registrales hasta el número de 46, quedando convertida la inscripción de posesión en inscripción de dominio el 23 de febrero de 1972. b) Que por Resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, por delegación del excelentísimo señor Ministro de Obras Públicas, de fecha 9 de noviembre de 1973, se aprobó el acta y plano de deslinde de la zona marítimo-terrestre, lindante con la finca denominada «Casa Campo», a instancia de la ahora demandada, titular registral de la finca, en los que se definen los límites de la zona antigua y actual, sin prejuzgar los derechos de particulares, absteniéndose la Administración de realizar acto alguno de naturaleza posesoria sobre los terrenos que se hallen inscritos en el Registro de la Propiedad hasta que tales inscripciones sean anuladas o canceladas por los Tribunales ordinarios.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de San Sebastián dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, siendo la doctrina de la sentencia, en esquema, la siguiente:

1.º *Efectos no civiles del deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre.*—Dice la sentencia que en estos deslindes «es principio general que el mismo no resuelve más que un problema de límites, es decir, la determinación de hasta dónde llega aquella zona, sin que, por tratarse de un mero acto administrativo, pueda ser determinante de declaraciones de propiedad, ni tan siquiera de posesión, lo que produce que en manera alguna pueda generar secuencia atributiva de dominio, que únicamente procede decidir en el correspondiente juicio declarativo ante la jurisdicción civil, que es el actualmente contemplado», por todo lo cual no es suficiente alegar que quedó firme la resolución administrativa de deslinde ni su fuerza de documento público, que no afecta a lo dicho. Además, añade la sentencia que «la aceptación—por el particular—de un deslinde administrativo, por la naturaleza y efectos expresados, lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una secuencia indeclinable dominical en favor del Estado, cual la parte recurrente pretende».

2.º *Sentido de la reserva legal de derechos de los particulares en la zona marítimo-terrestre.*—Las expresiones de la Ley de Puertos de 1880 y 1928, refiriéndose a la consideración del dominio público de la zona marítimo-terrestre, «sin perjuicio de los derechos que corresponden a los particulares», y del artículo 1.º de la Ley de Costas de 1969, que insiste en lo mismo diciendo «sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos», son interpretadas por la presente sentencia así: «Bien entendido que esas reservas legales de derecho afectan no exclusivamente, en contra del criterio de la parte recurrente, a los producidos por concesiones de uso y aprovechamiento o de propiedad por la soberanía real y no por otra causa, y concretamente por la derivada de actos posesorios posibilitadores, en el campo estrictamente civil de atribución dominical privada, por vía de prescripción adquisitiva, ya que a ello se opone el genérico principio de derecho de que donde la norma jurídica no distingue no se debe distinguir, y pues que si el legislador pretendiese limitar modos adquisitivos así lo habría consagrado».

Más adelante, concreta más su doctrina, dejando claro que la admisión de la prescripción adquisitiva o usucapión a favor de particulares sólo se refiere a supuestos anteriores a la Ley de Puertos de 1880: «El aspecto de demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con el efecto al mismo inherente de inenajenabilidad e imprescriptibilidad ..., tiene su génesis, de tal manera específica, en la Ley de 7 de mayo de 1880, por lo que con anterioridad a ella venía posibilitada la atribución de dominio, en favor de particulares, sobre terrenos posteriormente integrados en lo que pasó a configurar tal zona marítimo-terrestre legalmente instaurada, siempre que el acto originador de tal atribución se hubiese producido antes de dicha Ley de 7 de mayo de 1880, como ya tiene reconocido esta Sala en 1.º de diciembre de 1966..., pues que con anterioridad a esta ley, por el fenómeno fáctico jurídico de la degradación, perdían el carácter de bienes demaniales sin necesitar de acto formal de desafectación para posibilitar su adquisición particular por la usucapión, que es lo declarado probado en la sentencia afectada por el recurso de que se trata, con lo que, en definitiva, produce como consecuencia que si ciertamente con posterioridad a la entrada en vigor de la referida primera Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, dada la consideración demanial que se atribuyó a tal zona marítimo-terrestre, conformada por el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y los mayores de los temporales en donde no lo sean..., solamente una desafectación expresa legal puede hacer derivar derechos en favor de particulares, convirtiendo en *res privata* lo que por su propia naturaleza tenía el carácter de *res in usu publico*; en lo referente a situaciones anteriores a dicha Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, esos derechos reconocibles a particulares podían adquirirse sin dicho acto formal de desafectación y sí simplemente por la repetida circunstancia de desafectación natural, consistente en que el bien, que inicialmente era de naturaleza privada, puede perder esa condición por alteración natural de sus condiciones físicas, por la degradación surgida de haber quedado el terreno afectado desplazado del normal destinado a uso público, al no estar entonces acogida aquella consideración demanial a lo que pasó a integrar posteriormente la expresada zona marítimo-terrestre establecida en la Ley de Puertos de que se viene haciendo referencia, dando origen a derechos legalmente ad-

quiridos por particulares con base en los distintos medios que el Derecho admite, y entre ellos, cual en el presente caso reconoce la sentencia recurrida ha sucedido, por el vehículo jurídico de la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio, como admite la Sentencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 1975».

3.º *Valor de la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a los terrenos sitos en la zona marítimo-terrestre y referencia a la jurisprudencia existente sobre el asunto.*—«En lo que afecta al sexto motivo del recurso, amparado en pretendida infracción de ley por aplicación indebida del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se desestima por la sencilla razón de que si indudablemente, según tiene reconocido la Sentencia de 3 de junio de 1974, insistiendo en reiterado criterio jurisprudencial, están exceptuados de la inscripción en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio público, a que se refiere el artículo 339, número 1.º, del Código Civil, por no necesitar tales bienes de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, así como que el principio de legitimación registral, formulado por el mencionado artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo es solamente con la fuerza y virtualidad de una presunción *iuris tantum*, como indican las Sentencias de 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, entre otras, de tal modo que aquella presunción queda enervada cuando frente a la inscripción registral se acredite la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público perfectamente determinada y dentro de la cual se justifique que los terrenos litigiosos se encuentren inscritos a nombre de un particular; no obstante, todo ello es siempre y cuando se mantenga la consideración de persistencia de la naturaleza de bien de dominio público en el objeto de inscripción, pues que desaparecida esa consideración, por la tantas veces aludida desafectación natural, a causa de degradación determinante de adscripción al dominio particular del terreno inscrito, y que viene reconocido en el supuesto contemplado, cobra toda su fuerza la repetida presunción registral.»

COMENTARIO.—Esta sentencia hace unas importantes matizaciones respecto a la jurisprudencia existente sobre la zona marítimo-terrestre en relación con las propiedades de particulares con título inscrito en el Registro.

Hasta ahora, la jurisprudencia venía recalcando las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los terrenos sitos en la zona marítimo-terrestre, por ser esta zona de dominio y uso público, y daba la sensación de que no era posible la existencia de un terreno de propiedad particular dentro de dicha zona, a pesar de venir amparado por título inscrito en el Registro de la Propiedad. Así resulta de las Sentencias citadas en la presente de fechas 28 de noviembre de 1973, 2 de julio y 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril y 2 de diciembre de 1976. Además, hay otra Sentencia que no tiene ocasión de citar la que ahora se comenta, que es de fecha 25 de octubre de 1976, que sólo concede derechos de propiedad a los particulares en la zona marítimo-terrestre si se demuestra que ha habido una previa desafectación o cambio de destino de la zona, y ello a pesar de que la finca litigiosa contaba con una historia registral que arrancaba del año 1871, fecha anterior a la primera Ley de Puertos.

Pues bien, la presente sentencia no se opone a esa jurisprudencia exis-

tente, pero la suaviza en alguna medida, pues contempla un supuesto en que da prevalencia a la situación registral de la propiedad privada frente al deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre, lo que no deja de ser insólito dentro de esa línea jurisprudencial, y además puntualiza el alcance de dicha jurisprudencia, ya que advierte que las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad no se oponen a la admisión de prescripción adquisitiva de terrenos por parte de particulares, siempre que se trate de situaciones de degradación natural de la zona marítimo-terrestre con anterioridad a la primera Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880.

Por un lado, esta sentencia es acertada, pues destaca esa posible degradación natural de la zona marítimo-terrestre y la posible adquisición de terrenos por los particulares no sólo como consecuencia de una desafectación administrativa expresa, como pretendía el recurrente, sino por cualquier medio adquisitivo, dando el argumento importante de que en los correspondientes preceptos de las Leyes de Puertos y de la vigente de Costas, en que se hace reserva de derechos adquiridos por los particulares, no se distingue entre medios adquisitivos, por lo que donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete, limitando el supuesto a la desafectación expresa de la zona.

Pero, por otro lado, la sentencia limita el alcance de esos preceptos de modo no convincente y, además, innecesariamente en relación con el supuesto debatido.

No acaba de quedar claro, en primer lugar, por qué sólo puede admitirse la degradación natural de la zona marítimo-terrestre y posible prescripción adquisitiva a favor de los particulares con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880. Es cierto que esta ley fue la que por primera vez definió la zona marítimo-terrestre como bien de dominio y uso público, pero de ahí no puede deducirse que no quepa la degradación natural de la misma como consecuencia de haberse ganado terrenos al mar y producirse terrenos sobrantes al avanzar la línea anterior de la zona. Tanto en esa ley como en la de Puertos de 1928, se regula ese supuesto. Así, por ejemplo, en el artículo 2.º, se dice que «cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítimo-terrestre pasarán a ser propiedad del Estado, previo el oportuno deslinde por los Ministerios de Hacienda, Fomento y Marina, y el primero podrá enajenarlos cuando no se consideren necesarios para servicios marítimos u otros de utilidad pública». Si se relaciona este precepto con el artículo 1.º, en que se define la zona marítimo-terrestre, hay que llegar a la conclusión de que ese terreno sobrante deja de ser bien de dominio y uso público cuando se produce el retroceso del mar, pues ya no se adapta por definición al concepto de la zona de ser bañada por el mar en su flujo y reflujo o por las mayores olas en los temporales. Ahora bien, en el artículo 2.º hemos visto que se establece el requisito del previo deslinde para que la antigua zona pase a ser propiedad del Estado. De aquí no se desprende que no pueda ser susceptible de prescripción por los particulares, sino todo lo contrario, frente a lo que dice la presente sentencia: cuando se produce el deslinde, la parte antigua de la zona pasa a ser propiedad patrimonial del Estado y, en consecuencia, cabe la enajenación y la prescripción adquisitiva de los particulares, y antes del deslinde, también cabe interpretar que es posible la prescripción adquisitiva,

pues el deslinde sólo es requisito para que se produzca la adquisición privativa del Estado, no para que tenga lugar la desafectación natural, que se produce automáticamente atendiendo a la definición del artículo 1.º En otro caso, habría que interpretar que el deslinde administrativo tiene efectos constitutivos, y esto es inadecuado dada su naturaleza, como tiene ocasión de poner de relieve la presente sentencia a otros efectos, cuando alude a que sólo tiene consecuencias de tipo administrativo, no civil. Nosotros entendemos, pues, que con posterioridad a la Ley de Puertos de 1880 y aun a la Ley de 1928, cabe la degradación natural y la prescripción adquisitiva a favor de los particulares. Y si pasamos al artículo 5.º de la vigente Ley de Costas de 1969, la conclusión ha de ser similar, pues en su número 2.º se dice textualmente que «cuando por consecuencia de estas accesiones o por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no constituyan playa y no sean necesarios para el uso público, se incorporarán al patrimonio del Estado, una vez recibidos por el Ministerio de Hacienda, con arreglo a la ley reguladora de dicho patrimonio y previo el oportuno deslinde». Aquí se lee que la línea interior de la zona avanza hacia el mar como consecuencia de la retirada de éste; luego la degradación es automática, como consecuencia de las accesiones y de la retirada del mar, y de la propia definición de la zona marítimo-terrestre. La referencia al previo deslinde es también un requisito para que el terreno sobrante pase al patrimonio del Estado, pero no un requisito para que el mismo sea apto para la usucapión por los particulares, pues nada de esto se dice en el precepto, por lo que hay que aplicar la definición del artículo 1.º de la zona, que lógicamente determina que haya quedado un sobrante sin ser bañado por el mar automáticamente y sin necesidad de deslinde alguno. El deslinde podrá ser interesante a efectos de prueba, pero si no se produce, no obsta a la repetida prescripción adquisitiva si ésta se consuma y se prueba el retroceso del mar en su momento oportuno.

Esta interpretación es más acorde con la redacción de los preceptos legales que aluden a las reservas de derechos a favor de particulares, pues si se entendiese que sólo se refiere a situaciones consolidadas con anterioridad a 1880, también podría decirse frente a la sentencia lo que ella misma dice: que esos preceptos no distinguen las fechas ni son disposiciones transitorias, sino que, como algo posible en el momento en que se dictan, aluden a la zona como «bien del dominio público sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos» (art. 1.º de la Ley de Costas de 1969) o «sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares» (artículo 1.º de la Ley de Puertos de 1928).

Un sector de la doctrina tampoco quiere limitar las adquisiciones de los particulares al momento anterior a la Ley de 1880. Así, MARTÍNEZ ESCUDERO, en su libro sobre *Playas y Costas* (Editorial Montecorvo, 1970, página 150), frente a la opinión de FERNÁNDEZ RIBÓ, que sólo admite la adquisición de particulares por desafectación expresa de la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de usucapiones sobre terrenos ganados al mar, consolidados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Puertos, señala que caben los enclaves de propiedad privada dentro de la zona marítimo-terrestre, aunque no se hayan producido por desafectación, diciendo: «Cuando la ley habla de terrenos enclavados dentro de la zona marítimo-terrestre, no puede referirse a terrenos adquiridos a la Administración previa des-

afectación, pues si hay desafectación—desafectación natural; por supuesto—, la zona marítimo-terrestre queda modificada y los terrenos desafectados y enajenados ya no forman parte de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, no puede decirse que estén dentro de la misma». Y cita las opiniones de GARRIDO FALLA, GUAITA y ARNANZ DELGADO, favorables a la admisión de propiedades particulares dentro de la zona marítimo-terrestre, frente a la opinión de FORNESA RIBÓ. Ya el recurrente, en el caso de la Sentencia de 7 de mayo de 1975, argumentaba acertadamente lo siguiente respecto a la interpretación del artículo 1.º de la Ley de Costas: si la reserva de derechos a favor de particulares sólo se refiriese a la desafectación «quedaría sin contenido la excepción legalmente prevista, puesto que la exigencia de una previa desafectación ya les habría privado a los bienes del carácter de dominio público del que parten las referidas normas para prever posibles excepciones».

Por tanto, extraña que la presente sentencia admita la prescripción adquisitiva de terrenos por los particulares por el argumento de que la ley no distingue los modos adquisitivos y, en cambio, la limite a supuestos anteriores a la Ley de Puertos de 1880, cuando los preceptos que conceden las reservas de derechos tampoco distinguen las fechas de adquisición.

Además, decíamos que la limitación de fechas que hace la sentencia no sólo no es convincente, sino que tampoco es necesaria dentro del supuesto planteado, hasta el punto de que la declaración en ese sentido parece un *obiter dictum*. Efectivamente, la sentencia se plantea un supuesto adquisitivo anterior a 1880, por lo cual es lógico que diga que cabe la prescripción adquisitiva anterior a 1880, pero no lo es que añada que con posterioridad a esa fecha ya no cabe la misma. Este añadido lo debería hacer, en su caso, una sentencia que se encarase con el supuesto posterior a 1880, pero no ésta en que se plantea exclusivamente la adquisición anterior, pues con tal declaración se sale del supuesto planteado, puede mediatizar futuras decisiones y es, por tanto, un *obiter dictum*, al que no debería atenderse a efectos de doctrina legal, a pesar de la insistencia de la presente resolución.

Pero la sentencia no sólo puntualiza el sentido que hay que dar a la reserva de derechos de los particulares en la zona marítimo-terrestre, sino que también matiza el valor que tiene la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en este punto.

La línea jurisprudencial existente se había mostrado demasiado dura con la presunción legitimadora del artículo 38 de la citada ley, según tuvimos ocasión de comentar con motivo de la Sentencia de 7 de mayo de 1975 (en esta Revista, núm. 515, págs. 919 a 921), hasta el punto de que parecía que no tenía ningún valor frente al deslinde administrativo de la zona, ni siquiera a través del artículo 35 de la propia ley, que, como se sabe, contempla la usucapión *secundum tabulas* derivada de la fuerza legitimadora de los asientos registrales.

Pues bien, la presente sentencia se muestra mucho más respetuosa con la presunción del artículo 38 que las anteriores. A pesar de ello, la obsesión que tiene por demostrar que no rompe la línea jurisprudencial anterior, sino que la completa decidiendo distinto supuesto, hace que no quede del todo claro cuál es el valor que se da, en definitiva, a los asientos del Registro en relación con la zona marítimo-terrestre.

En todo caso, ahí está la tajante declaración de que en el supuesto con-

templado «cobra toda su fuerza la repetida presunción registral», lo que ya es bastante para matizar esa línea dura y excluyente de la jurisprudencia. Ahora bien, para nosotros, la presunción del artículo 38 es «a todos los efectos legales» y, además, es presunción de dominio y de posesión, aspecto este último que puede dar lugar a la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35, y en todo caso invierte la carga de la prueba, haciendo que sea el Estado quien tenga que demostrar que el terreno inscrito situado dentro de la zona deslindada fue siempre de dominio y uso público. Sin embargo, reconocemos que esta sentencia no llega a tanto, pues parece que se limita a reconocer la fuerza y vigor de la presunción registral sólo cuando previamente se demuestre que la zona ha sido objeto de degradación natural. Pero si efectivamente fuera así, sería criticable desde nuestro punto de vista, pues ni en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ni en el artículo 35 resultan esos límites de la presunción. Además, sería absurdo dar mayor valor probatorio *a priori* al deslinde administrativo que a la presunción registral, cuando precisamente en la vía administrativa no cabe perjudicar al titular registral, a pesar del deslinde, sino que el Estado ha de acudir a la jurisdicción civil ordinaria. Esto quiere decir que el mero deslinde no puede servir para desplazar la carga de la prueba en contra del titular registral. En este sentido es también criticable la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que parece admitir ese desplazamiento de la carga de la prueba, en contra del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de los efectos propios del deslinde administrativo. Justo es reconocer que la presente sentencia no cae en este contrasentido, pues frente a la interpretación del Abogado del Estado recurrente, dice que se comete «defecto de petición de principio, al hacer supuesto del dominio del Estado sobre el terreno reivindicado». Es cierto que en otro «considerando» cita la doctrina jurisprudencial existencia y parece reconocer la presunción de dominio estatal sobre la zona marítimo-terrestre. Pero al final reconoce, con todos los límites que se quiera, el valor de la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en el problema de la zona marítimo-terrestre, lo que exige darle unos efectos contrarios a esa presunción de dominio estatal.

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: CABE APLICAR LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA RESPECTO AL DOMINIO DE LA FINCA INSCRITA, SI ESTA ES IDENTIFICADA POR EL JUZGADOR A TRAVES DE DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA CON LA FINCA OBJETO DE AUTOS, SIN NECESIDAD DE HACER PREVIA RECTIFICACION DE ERRORES DESCRIPTIVOS EN EL REGISTRO. SERVIDUMBRE DE PASO: SOLO PUEDE ADQUIRIRSE POR TITULO O POR PROBADA PRESCRIPCION INMEMORIAL O PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Don Ignacio C. Arteaga interpone demanda contra don Nicomedes G. Gómez sobre inexistencia de servidumbre, exponiendo que era propietario como libre de cargas, según títulos y Registro de la Propiedad, de una parcela de terreno en la calle Zenit, de Aravaca, y que en base a esa completa libertad de gravámenes comenzó las obras de un chalet, que ha-

bían sido suspendidas por decretarlo así la Audiencia Provincial, en interdicto de obra que interpuso en su día el demandado, alegando que tenía derecho de paso sobre la parcela del actor, no habiendo entrado en el fondo, dada la naturaleza de los interdictos, la Audiencia Provincial. Por ello suplica ahora se dicte sentencia declarando la no existencia de ninguna servidumbre sobre su finca, dejando sin efecto las medidas cautelares del proceso interdictal, para que así pueda realizar las obras que estimase el actor necesarias en el ejercicio de su derecho de propiedad.

El demandado se opone alegando que el título esgrimido por el actor no valía ni servía para el ejercicio de su acción negatoria de servidumbre, pues faltaba coincidencia de linderos entre la descripción de su título inscrito y la de la finca que ocupaba en la realidad, por lo que no podía el actor, en base a esa titularidad, ejercitar una acción real negatoria de servidumbre.

El Juez de Primera Instancia número 14 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de dicha capital.

El demandado interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en que había adquirido servidumbre de paso por prescripción inmemorial, con cómputo anterior al Código Civil, y en que la sentencia recurrida había infringido, por interpretación errónea, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y, por violación, los artículos 40-c), 211, 212, 214 y 215 de la misma ley. Se apoya en que el actor carecía de la necesaria legitimación *ad causam* para el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, por cuanto no coincidía la descripción registral de la finca con la que señalaba en la demanda y ocupaba en la realidad, y que para lograr la eficacia de la presunción registral de dominio, que, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo es en la «forma determinada por el asiento respectivo», debería haberse seguido con carácter previo por parte del actor alguno de los procedimientos de rectificación de errores en el Registro, y al no haberse hecho así, se había producido infracción de los citados preceptos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, destacando lo que se dice en el «considerando» segundo:

«Considerando que el decaimiento de los motivos anteriores lleva consigo el de los primero y cuarto del recurso, dirigidos por la vía formal del número uno del mencionado artículo 1.692: el primero, no sólo porque el Tribunal *a quo* no ha realizado labor exegética alguna respecto al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que se ha limitado a aplicar la presunción establecida en su primer párrafo en favor de la persona que tenía inscrito el dominio de la finca litigiosa en el Registro de la Propiedad, cuya identificación estima acreditada en el proceso a través de otros medios de prueba, por lo que dicho señor no tenía necesidad de acudir al procedimiento establecido en el apartado c) del artículo 40, en relación con los 211, 214 y 215 de dicho Cuerpo legal, siendo el demandado quien debía haber justificado lo contrario y quien, al no haberlo hecho, da lugar a que el motivo se apoye en elementos fácticos distintos de los admitidos por el Juzgador de instancia; el cuarto, porque la servidumbre de paso objeto de la presente litis, por su condición de discontinua, sea o no aparente, tan sólo puede adquirirse en nuestro Ordenamiento positivo en virtud de título, conforme a lo prevenido en el artículo 539 del Código Civil (Sentencia de 11 de noviem-

bre de 1954), salvo que se hubiera obtenido por prescripción inmemorial con anterioridad a la publicación de dicho Cuerpo legal (Sentencias de 3 de julio y 14 de noviembre de 1961) o en la forma establecida en el artículo 1.939 de la misma ley sustantiva (Sentencia de 22 de octubre de 1955), circunstancias que no concurren en el supuesto que aquí se contempla, dado que la existencia de título acreditativo de este gravamen no aparece para nada en los documentos de propiedad de las fincas pertenecientes al actor, al demandado, ni en los de sus respectivos causantes, según expresamente se hace constar en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, y dado igualmente que ni siquiera se ha intentado probar por la parte a quien corresponde, con arreglo al artículo 1.214 del Código Civil, la prueba de la prescripción, en que el recurrente fundamenta su derecho (sexto considerando de la Sala), por lo que los elementos fácticos en que se apoyan estos motivos son contrarios a los admitidos por el Tribunal *a quo* y se hallan incursos en la causa de inadmisión señalada en el número 9 del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, que lo es de desestimación en esta fase decisoria.»

COMENTARIO.—Es acertada esta sentencia al considerar bien aplicada por la Sala de instancia la presunción *iuris tantum* del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor de quien tenía inscrito el dominio de una finca en el Registro, a pesar de que uno de los linderos que figuraba en la inscripción no coincidía con el que tenía en realidad la finca.

Lo que no se acaba de razonar es por qué no constituye obstáculo para aplicar la presunción de dominio del artículo 38 de la Ley Hipotecaria la discordancia de datos descriptivos en el momento de interponer la demanda, y por qué no es necesario seguir con carácter previo a ésta el correspondiente procedimiento de rectificación de errores de la inscripción, como pretendía el demandado recurrente.

A primera vista, ya se advierte que si para aplicar el principio de legitimación registral fuese necesaria esa concordancia literal y exacta entre los datos formales descriptivos del asiento y los datos resultantes de la realidad física de la finca, sería tanto como dejar en letra muerta el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

El recurrente utiliza el argumento de que el artículo 38 señala la presunción de dominio sólo «en la forma determinada por el asiento respectivo». Pero esto no puede significar que cualquier inexactitud de los datos físicos descriptivos contenidos en la primera parte del asiento paralice o destruya las consecuencias jurídicas de un asiento vigente. Lo que esa frase significa es que es necesario hacer una labor interpretadora del asiento, con lo cual ponemos de relieve la importancia que debe tener el capítulo de la interpretación de asientos registrales, tan descuidada en la doctrina hipotecarista y de la que pretendimos dar unas primeras ideas hace ya mucho tiempo, con ocasión del comentario de otra sentencia. Ahora recalcamos que la interpretación de los asientos ha de ser sistemática y, además, constructiva, con objeto de evitar que quede sin ningún efecto un asiento vigente so pretexto de una «intrascendente defectuosa descripción», como acertadamente dice la sentencia de instancia en este caso.

En el presente caso, se hizo esa constructiva interpretación del asiento, pues en el «considerando» primero se advierte que la Sala de instancia llegó a sus propias conclusiones a través de la interpretación del certifi-

cado de inscripción, y lo hizo, añadimos nosotros, dando plena eficacia a la presunción de dominio que resultaba de dicha inscripción.

Además, tratándose del problema de la identidad o identificación de la finca, como aquí se planteaba, la interpretación de inscripciones cobra una especial característica, que confirma que no es adecuada la posición del recurrente.

En la identificación de fincas no se trata sólo y simplemente de interpretar los datos del Registro, sino de confrontarlos con otros datos extrínsecos de la realidad, pues la identificación tiene ese aspecto de comprobación de si la finca inscrita en los libros es o no la ocupada en la realidad y sobre el terreno, lo que requiere esa interpretación conjunta de datos registrales y datos extrínsecos al Registro. Y si esta calificación se hace dentro de un proceso, como aquí sucedía, hay que poner en relación la certificación registral con otros medios de prueba para deducir si existe o no identidad de finca. Esto es lo que hizo el Juzgador comparando los datos registrales con el informe pericial, con la prueba de reconocimiento judicial y con los planos aportados, llegando a esa conclusión de que la finca inscrita era la misma que ocupaba en el terreno del actor, a pesar de la diferencia de algún lindero.

Luego es en el propio proceso en el que se plantea la eficacia del asiento respecto al dominio inscrito, donde se califica e interpreta directa y simultáneamente la identificación de la finca, sin necesidad de seguir un previo procedimiento de rectificación de errores.

Por tanto, la frase del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en que se apoya el recurrente, lo que está pidiendo es una adecuada interpretación de todos los datos del asiento, teniendo en cuenta los oportunos criterios interpretativos y no la exclusión de la eficacia del asiento. O sea, que no constituye obstáculo para que opere el principio de legitimación registral la falta de rectificación de algún dato descriptivo erróneo, pues no resulta así del artículo 38 de la ley, que es en su párrafo segundo donde exige que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. En el supuesto de rectificación de datos descriptivos no tiene lugar la nulidad ni la cancelación del asiento en principio, sino únicamente cuando como consecuencia de lo resuelto en el pleito se produzca defecto de identidad de finca, no cuando, como aquí sucedía, se confirme la identidad de la finca inscrita con la existente en la realidad. Una vez más, se advierte que no estamos en el caso del artículo 38, ni siquiera en el de su párrafo segundo, pues se trata de un problema de identidad de finca que debe resolverse en el mismo proceso y no con carácter previo. Lo que sí puede decirse en el caso de existir alguna discordancia descriptiva es que va a ser más difícil la identificación de la finca, con la posible consecuencia de que el pleito termine declarando la falta de identidad, como ha sucedido en numerosas ocasiones, pero no impedirá entrar en el fondo del asunto ni mucho menos exigir que se siga ese previo trámite registral de rectificación de errores descriptivos antes de interponer la demanda.

Además, el trámite registral de rectificación de errores descriptivos de linderos no tiene prácticamente ninguna exigencia especial. Es el propio titular registral el que, aprovechando la realización de cualquier operación jurídica, puede rectificar los linderos reflejados en una inscripción anterior. Recuérdese la regla 4.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario y la

no existencia de ningún requisito especial para la rectificación de linderos, a diferencia de la rectificación de la medida superficial. El único límite a tener en cuenta es el derivado de la calificación registral por razones de identidad de finca, que, como es sabido, cuenta con elementos limitados en nuestro sistema y que, en cualquier caso, va orientada fundamentalmente a evitar la doble inmatriculación, que no es el supuesto del presente caso.

Por todo ello, mal puede exigirse como requisito previo a la demanda lo que en la propia demanda puede hacerse a base de actualidad o rectificar aquellos datos erróneos descriptivos, siempre que no quede perjudicada la identidad de la finca. Con el citado artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario en la mano, la nueva descripción de la finca en el Registro será *un efecto* del resultado del proceso favorable a la demanda en que se hace esa nueva descripción, y no *un requisito* de la misma. Es decir, como *consecuencia* de este proceso, el actor podrá obtener la rectificación del dato descriptivo de la finca inscrita a su favor.

JUICIO DECLARATIVO SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO CABE RECURSO DE CASACION POR TENER, A ESTOS EFECTOS, LA MISMA NATURALEZA QUE EL PROCEDIMIENTO CUYA NULIDAD SE INSTA. COMPETENCIA DEL JUZGADO. SUBROGACION DE ACREEDOR POSTERIOR. PLAZO DE ADJUDICACION DE LA FINCA EN PAGO DEL CREDITO EN EL PROCEDIMIENTO DEL 131 (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña Sara L. Rodríguez formuló demanda contra «Imeca, Sociedad Anónima», y contra don Benjamín Arnáez, estableciendo en síntesis: que se había seguido procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria por don Benjamín Arnáez, acreedor hipotecario, para la devolución de un préstamo concedido a la actora; que en dicho procedimiento compareció «Imeca, S. A.», como segundo acreedor hipotecario solicitando y obteniendo la subrogación en el lugar del primer acreedor hipotecario que instó el procedimiento, subrogación que estimaba improcedente por implicar, según la actora, una burla de la suspensión del procedimiento de ejecución de hipoteca que también había seguido contra la actora dicha sociedad, y que fue paralizado por haber interpuesto dicha actora querrela de falsedad de la escritura de constitución de segunda hipoteca a favor de «Imeca, S. A.»; que se siguieron los restantes trámites del procedimiento judicial sumario seguido por el primer acreedor hipotecario, en el que, como queda dicho, se subrogó como acreedor dicha sociedad, adjudicándose la finca a la sociedad como acreedor en pago de su crédito, a pesar de que había transcurrido con exceso el plazo previsto en la regla 10.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por lo expuesto, suplica se dicte sentencia declarando la nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario seguido por el primer acreedor hipotecario a partir de la subrogación que obtuvo «Imeca, S. A.», como segundo acreedor hipotecario y, en todo caso, la nulidad de la adjudicación de la finca a su favor.

Admitida la demanda y emplazados los demandados, no compareció don Benjamín Arnáez, que fue declarado en rebeldía, compareciendo «Ime-

ca, S. A.», que alegó defecto de litisconsorcio activo necesario por no haber sido pedida la nulidad de actuaciones por ambos cónyuges, que eran codeudores y no sólo la esposa actora; excepción perentoria de cosa juzgada; excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción, declinando la misma a favor del Juzgado que conoció del procedimiento judicial sumario, y, además, señala que la subrogación en la posición del primer acreedor hipotecario es un derecho que concede la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y en cuanto al plazo de adjudicación de la regla 10.ª del mismo artículo, niega que se hubiera producido caducidad.

El Juez de Primera Instancia número 9 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

La actora interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, insistiendo en sus razonamientos y alegaciones, y destacando que no existe incompetencia de jurisdicción, porque fue el Juzgado Decano de los de Primera Instancia el que, en aplicación de las normas de reparto y a la vista de la demanda, la remitió al Juzgado de Primera Instancia número 9.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia de instancia, no contra los considerandos de la misma, salvo que lo establecido en ellos constituya el antecedente obligado o la premisa indispensable del fallo, criterio sentado reiteradísimo por esta Sala a propósito del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina (Sentencias, entre otras muchas, de 29 de enero y 27 de octubre de 1975 y 24 de marzo de 1976), pero que es igualmente aplicable al de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio cuando el vicio procesal denunciado se reputa cometido precisamente en una resolución fundada emitida por la Audiencia.»

«Considerando que los cinco primeros motivos, que acusan la violación de los artículos 59, 430 y 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las doctrinas legales que en algunos de ellos se citan, no pueden ser estimados, en virtud de la aplicación del principio recordado en el considerando precedente, ya que en todos ellos se parte del supuesto de que la sentencia recurrida, confirmatoria de la apelada, declara la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda formulada por la hoy recurrente, supuesto inexacto, toda vez que si bien es cierto que uno de los demandados opuso la excepción de incompetencia de jurisdicción, en concepto de 'perentoria', y que tanto la sentencia del Juzgado (considerando cuarto) como la de la Audiencia (considerando tercero), que acepta los de aquélla, razonan que para entender del juicio declarativo, a que se refiere el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, es competente el mismo Juzgado que conoció del precedente proceso de ejecución hipotecaria, no lo es menos que esos razonamientos no trascienden al fallo de la sentencia combatida, puesto que, por una parte, no se acoge en él la excepción indicada ni, en consecuencia, se absuelve en la instancia a los demandados, y, por otra parte, en lugar de abstenerse de resolver las demás cuestiones propuestas por la actora y por la demandada que compareció en autos, como sería lo obligado de haberse estimado la excepción de incompetencia de jurisdicción, según tiene proclamado esta Sala en las Sentencias de 17 de

abril de 1886 y 27 de noviembre de 1917, entre otras, tanto el Juzgado como la Sala sentenciadora entran en el estudio de tales cuestiones y las deciden en el fallo, desestimando, al efecto, la demanda y absolviendo de ella a los interpelados.»

«Considerando que a todo ello todavía podría agregarse que la estimación de los motivos expresados, en la hipótesis de que la sentencia impugnada hubiese acogido la repetida excepción, sería totalmente inútil, puesto que enteramente superfluo sería devolver los autos a la Audiencia para que reponiéndolos al estado que tenían cuando dice la recurrente que se cometió la pretendida falta, esto es, reponiéndola al estado de dictar sentencia, volviera a dictar una nueva resolviendo las demás cuestiones propuestas por las partes, dado que, como se ha indicado, la sentencia ahora recurrida ya examinó tales cuestiones en los considerandos y las resolvió en el fallo.»

«Considerando que la misma suerte ha de correr el motivo sexto y último, en primer término, porque la falta de personalidad alegada la refiere la recurrente no al pleito del que dimana el presente recurso, sino al anterior proceso de ejecución, lo cual nunca podría constituir el fundamento de un quebrantamiento de forma de aquél, que es lo que se contempla en el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo amparo se deduce este motivo, y, en segundo lugar, porque la existencia o inexistencia de los derechos de la hoy recurrida en orden a la subrogación en la primera hipoteca y a la adjudicación de la finca gravada, son temas totalmente ajenos a los perfilados en el número segundo de los artículos 503 y 533 de la misma ley, que con las reglas quinta y décima del artículo 131 de la Hipotecaria se reputan infringidos.»

«Considerando que este Alto Tribunal tiene declarado, en Sentencia de 18 de mayo de 1964, que el pleito seguido para la declaración de nulidad de determinado procedimiento sumario, ajustándose a lo ordenado en el párrafo sexto del número cuarto del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, no obstante la forma declarativa que ha de adoptar, no tiene sustancialmente naturaleza independiente del procedimiento cuya nulidad insta, y ello da lugar a que al no ser susceptible aquél del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, por la aplicación del artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía a la doctrina de esta Sala contenida en Sentencias de 15 de marzo de 1935 y 10 de enero de 1945, el pleito dirigido a anular sus actuaciones ha de tener igual limitación procesal, conforme a los autos de 5 de marzo de 1895 y 4 de marzo de 1944, pues no cabe que las mismas cuestiones que no tenían acceso al recurso dentro de los autos en que se cometieran las supuestas infracciones, puedan alcanzarle a través del juicio seguido para obtener la anulación indicada.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTATUTOS: CLAUSULA DE DESTINO DE LOS LOCALES DE PLANTA BAJA A TIENDA, PROHIBIENDO ESTABLECER EN ELLOS INDUSTRIAS QUE PERTURBEN LA TRANQUILIDAD. INSTALACION DE BAR-CLUB: DISTINCION ENTRE TIENDA Y BAR. INTERPRETACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA. EFECTOS DE LA ADHESION DE LOS ADQUIRENTES A LOS ESTATUTOS. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 26 de la calle del Pintor Rosales, de Madrid, formuló demanda contra don Angel C. García D., suplicando se dictara sentencia declarando que en el local comercial izquierda de la planta baja no puede el demandado establecer el bar que pretende, ya que deberá destinar el mismo a tienda, conforme al artículo 5.º de los Estatutos de la Comunidad, cuyo texto es el siguiente: «Los locales existentes en la planta baja serán destinados a tienda por sus propietarios, siendo de cargo de éstos cuanto se refiere a ornamentación exterior, la que deberá adaptarse al estilo del inmueble, a cuyo fin, para llevar aquélla a práctica, deberá someterse el proyecto a la conformidad del Arquitecto. Este proyecto deberá ser transcrito en los contratos de arrendamiento que se celebren con relación a tales locales. No podrán establecerse en dichos locales industrias que perturben la tranquilidad de los demás propietarios».

El demandado contesta alegando que con anterioridad ejercía la actividad de «venta de ultramarinos», y en uso de sus perfectos derechos dominicales sobre el local decidió cambiar tal actividad por la de bar de categoría especial B, cosa que no estaba prohibida por los Estatutos.

El Juez de Primera Instancia número 5 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sin que el demandado pueda destinar el local a bar, sino a tienda, como indican los Estatutos.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente que debe diferenciarse dentro del artículo 5.º de los Estatutos los conceptos de «industria» y de «tienda» que se emplean en el mismo, y que debe prevalecer aquél por ser más amplio, por lo que la recta interpretación, conforme al artículo 1.284 del Código Civil, es que los locales deben destinarse a industria que no perturben la tranquilidad de los copropietarios, y un bar-club de primera categoría no produce molestias. Parte también de la configuración de los Estatutos de la Propiedad Horizontal como un contrato de adhesión que vincula a los adquirentes y alega las Sentencias de 26 de diciembre de 1964, que declara que una «cafetería» no constituye industria molesta, y de 28 de septiembre de 1970, que sienta igual doctrina respecto a una bodega. Por último, alega incongruencia por parte de la sentencia recurrida, pues en la demanda lo único que se pedía es que se desautorizase la instalación de un bar-club porque no tenía la consideración de tienda y, en cambio, la sentencia fundamenta su resolución en que el citado bar-club es una industria incómoda o molesta, que

perturba la tranquilidad de los demás propietarios, modificando sensiblemente la esencia de la causa de pedir.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en los motivos primero y segundo, en los que se alega, respectivamente, la violación de los artículos 1.284 y 1.285 del Código Civil y la del 1.258 del mismo Cuerpo legal, ambos al amparo, así como el tercero, del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; fundamental la impugnación en la distinción, en su sentir impropio, que la Sala de instancia hace entre el concepto de ‘tienda donde se venden artículos al por menor’, autorizado expresamente en los Estatutos de la Comunidad para los bajos, y el de ‘bar’, donde se expendan bebidas de todas clases, contra cuya instalación protestan los condueños, y han de ser ambos desestimados: el primero de ellos porque es copiosa la jurisprudencia de esta Sala, que por conocida es innecesario citar, en el sentido de que ha de prevalecer, en la interpretación de los contratos, el criterio del Tribunal de instancia siempre que no sea desproporcionado o ilógico, circunstancia que no se da en el presente caso; en cuanto al segundo motivo, porque la adhesión de los adquirentes de pisos a los Estatutos de la Comunidad de la que entran a formar parte, le confiere las facultades de decisión, que constituye precisamente el fundamento de la sentencia impugnada, a través de la interpretación legal anteriormente aludida.»

«Considerando que en el motivo tercero se alega la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, alusivo a las presunciones; artículo que en absoluto ha sido aplicado por la instancia, pues la consecuencia de sus razonamientos, que es el fallo, lo deduce no de presunciones, sino del estudio detenido de lo prescrito en el artículo quinto de los Estatutos que rigen la Comunidad, por lo cual hay que desestimar este motivo.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo cuarto y último, interpuesto al amparo del número segundo del artículo 1.692, alegando la incongruencia; en el sentir del recurrente, se solicita la instalación de un bar en los locales autorizados por los Estatutos para ‘tienda’, y la Sala de instancia lo deniega, entrando, sin deber entrar, en establecer una distinción entre los conceptos de tienda y de bar; pero no se tiene en cuenta, al razonar de semejante forma, que la Sala, a instancia de la oposición en la contestación a la demanda, tuvo que entrar, precisamente para ser congruente, en el análisis de la distinción entre ambas clases de establecimientos, sobre todo en el punto referente a la mayor perturbación que para los vecinos, por el horario y por la naturaleza del negocio, habría de suponer la instalación de un bar, en lugar de una ‘tienda’ para la venta de artículos al por menor, en los pisos bajos del edificio en cuestión.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: CARECE DE LEGITIMACION ACTIVA PARA IMPUGNAR ACUERDO DE LA JUNTA EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD, QUIEN DEJO DE SERLO EN VIRTUD DE DICHO ACUERDO, SIN QUE SEA CONTRADICTORIO NO ENTRAR EN EL FONDO DEL ACUERDO, PUES ESTE TIENE EFICACIA EJECUTIVA PROVISIONAL (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña Mercedes C. Hernández, en su calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio en Propiedad Horizontal, presentó demanda contra doña Visitación H. Aguado, solicitando la nulidad de un acuerdo de la Junta en la que fue sustituida en su cargo de Presidente y de otros posteriores.

La demandada se opone alegando excepción de falta de legitimación activa en la actora por no ser Presidente de la Comunidad, la de falta de personalidad en la demanda porque el órgano competente es la Junta de Propietarios y la de prescripción por haber sido presentada la demanda de conciliación fuera de plazo.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid dictó sentencia estimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por la demandada, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que al reconocerse expresamente en el único considerando de la sentencia apelada, en que además se aceptan los razonamientos consignados por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia, que la demandante, 'que se persona y actúa en el pleito atribuyéndose el carácter o la cualidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa sita en esta capital y señalada con el número 7 de la calle de Murcia', afectada por la litis en cuestión, 'fue removida del cargo indicado por acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios de fecha 25 de noviembre de 1972, quedando privada de tal cualidad de Presidente, que en modo alguno ostentaba al formular la demanda postulando precisamente la nulidad de la precitada Junta y de los acuerdos en la misma adoptados, olvidándose al formular la indicada impugnación lo que se previene en la norma cuarta del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960, regulador de la Propiedad Horizontal', y no haberse ejercitado el recurso de casación examinado con base en error de Derecho en la apreciación de las pruebas, o error de hecho que resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador, y al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, necesariamente conduce, en consecuencia de la propia naturaleza y características del recurso de casación, a la contemplación de un esencial aspecto fáctico en éste, emanado de dichas apreciaciones contenidas en la sentencia recurrida de reconocimiento del hecho probado en tal resolución recurrida de que tales acuerdos que la precitada demandante-recurrente estima contrarios a la ley o a los Estatutos no han sido adecuadamente impugnados por aquélla ante la autoridad judicial, cual previene la referida norma cuarta del artículo 16

de la mencionada ley que regula la Propiedad Horizontal, o sea, promoviendo la correspondiente acción dentro de los treinta días siguientes a haberle sido notificado los expresados acuerdos, como ausente a la Junta en que fueron adoptados, y, por tanto, que el nombramiento de la demandada como Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble de que se viene haciendo mención, con revocación del que precedentemente había sido conferido en favor de la mencionada demandante, es provisionalmente ejecutivo, según dispone la citada norma cuarta del aludido artículo 16, al no constar ordenada judicialmente su suspensión, conduciendo, en consecuencia, a que la segunda no pueda ostentar el carácter de Presidente de la tan repetida Comunidad de Propietarios con que actúa, con el efecto de carecer de legitimación activa en el proceso entablado, cual establece la sentencia recurrida, pues que solamente podría tenerla con la mera cualidad de propietario adscrito a tal Comunidad y que no ejerció.»

«Considerando que lo expuesto en el precedente lleva a la solución desestimatoria del primero de los motivos de casación, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea del contenido de la excepción segunda que comprende el artículo 533 de dicho Cuerpo legal adjetivo, que la recurrente denomina de falta de legitimación activa y que la indicada sentencia impugnada acoge, y por su derivación lleva también a no acoger los motivos segundo y tercero, fundamentados, respectivamente, en alegada interpretación errónea de los artículos 15 y 16 de la tan repetida Ley de 21 de julio de 1960, porque si la demandante-recurrente no impugnó adecuadamente los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios de 25 de noviembre de 1972, por haberlo efectuado con el carácter de Presidente de la Comunidad de Propietarios que legalmente ostentaba, al ser provisionalmente ejecutivo, de conformidad con lo consignado en la examinada norma cuarta del artículo 16 de la expresada ley, el acuerdo de nombramiento como tal Presidente de la repetida demandada y de revocación de la designación que para tal cargo precedentemente había recaído en favor de dicha demandante, determina que, con independencia del examen de la cuestión de fondo que dichos artículos 15 y 16 plantean, no puedan ser impugnados los acuerdos, que, cual los de que se trata en el supuesto contemplado, mantienen eficacia ejecutiva, aunque sea meramente provisional, pues lo que no mantiene ya eficacia, aunque sea también provisionalmente, como es el cargo de Presidente de que tenía la tantas veces mencionada demandante, ningún efecto puede producir ni, consiguientemente, ninguna acción puede conferir a su amparo.»

DECLARACION DE CONDOMINIO SOBRE UN TERRENO A FAVOR DE LOS PROPIETARIOS DE EDIFICIOS COLINDANTES. DECLARACION SIMULTANEA DE SERVIDUMBRE SOBRE ESE TERRENO. ACCION EJERCITADA POR UN SOLO COMUNERO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: LA SENTENCIA NO PUEDE PERJUDICAR A LOS DEMAS COMUNEROS. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Don Amadeo D. López, hoy, por su fallecimiento, su viuda por sí y en beneficio de la herencia del causante, formuló demanda contra don Juan S. Figueroa, don José S. Corredera y doña María del Carmen G., su-

plicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Se declare que el terreno existente entre la parte posterior de la casa del actor, descrita en el hecho primero del escrito de demanda, y las que forman línea con ella, propiedad de don Valentín Barreiro, Luis Fernández y Urano Cardo, y las edificaciones propiedad de los demandados con fachada a la calle del Teso, siempre estuvo abierto, sin cierre de clase alguna, hasta el pasado día 18 de agosto del año en curso, siendo el mismo poseído por el actor en condominio con el resto de los propietarios colindantes desde el mes de enero de 1933, en que adquirió el inmueble de su propiedad, y hasta el día 18 de agosto de 1974, ejercitando el actor sobre dicho terreno el derecho de paso, de luces y vistas, y ocupándolo en ocasiones con materiales para reparación de su inmueble. B) Ser cierto que sobre el referido terreno tiene la casa del actor ventanas de dimensiones superiores a las reglamentarias, en el mismo número que se señalan en el croquis o plano acompañado, las que por su construcción datan de hace muchísimos años, y asimismo el tejado de la casa del actor vierte sus aguas pluviales sobre el terreno referido, al igual que lo hacen el resto de las propiedades que confinan con dicho terreno. C) Se declare que el actor ha adquirido el condominio del terreno referido por la prescripción que señala el Código Civil, al venir haciendo actos de condominio sobre tal terreno desde hace más de treinta años. D) Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en su consecuencia, se les condene a quitar las puertas o cancelas que han establecido sobre el referido terreno, dejando el mismo libre y expedito en la forma que se encontraba antes.

Admitida la demanda, se contestó por los demandados oponiéndose a la misma, y seguidos los demás trámites, el Juzgado de Primera Instancia número dos de Ponferrada estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, siendo la doctrina de la sentencia la siguiente, que sistematizamos en relación con los motivos del recurso:

1.º *El problema del litisconsorcio en los casos de condominio.*—La parte recurrente entiende que la relación jurídico procesal no estaba correctamente constituida, por existir defecto de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el actor no ha dirigido la demanda contra todos los condóminos del terreno, a pesar de que a todos les afecta el fallo dictado, condenándoseles sin haber sido oídos. Además, en el motivo tercero alega violación de los artículos 394 y 398 del Código Civil, dado que el actor comparece en su propio nombre y derecho, no en nombre de la comunidad, ni tampoco ha acreditado acuerdo de la mayoría de los comuneros.

En relación con esto están los dos primeros considerandos de la sentencia:

«Considerando que los dos primeros motivos en que, respectivamente, y por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia interpretación errónea y violación de la doctrina legal sobre el litisconsorcio pasivo necesario, no pueden prosperar porque el actor insta una declaración de condominio a su favor y al del resto de los propietarios colindantes, y por ello, según reiterada doctrina de esta Sala, el condómino puede ejercitar las acciones que le correspondan en beneficio

de la comunidad, sin que las declaraciones hechas por el órgano judicial puedan perjudicar al resto de los copropietarios.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el tercero, en que se denuncia la violación de los artículos 394 y 398 del Código Civil, tanto por lo establecido en el anterior como porque dichos artículos se refieren al disfrute de la comunidad por los comuneros y a la administración de los bienes comunes.»

2.º *No existe violación de la doctrina de los actos propios.*—En el motivo cuarto, los recurrentes aluden a un juicio seguido con anterioridad, en que el actor declaró que el terreno objeto de litis no era de propiedad particular, por ser una vía pública, por lo cual va contra sus propios actos al solicitar la adquisición del condominio del terreno que según el mismo fue calificado como calle.

Frente a esto, el «considerando» tercero dice lo siguiente:

«Considerando que el cuarto (motivo), sin cita del número del artículo 1.692 en que se ampara, razón por la cual incide en causa de inadmisión, que en esta fase deviene en causa de desestimación, denuncia violación de la doctrina sobre los actos propios; más aún, cuando estuviera correctamente articulado, tampoco podría prosperar, puesto que dar un profano en Derecho nombre de calle a un terreno no significa en modo alguno que el concepto jurídico sea el adecuado.»

3.º *Compatibilidad entre la declaración de condominio sobre un terreno a favor de los propietarios de edificios colindantes y la declaración de servidumbre a favor de dichos edificios.*—En el quinto motivo del recurso se alega infracción por violación del artículo 392, párrafo 1.º, del Código Civil, en relación con el párrafo primero del artículo 348 del mismo y doctrina legal concordante, según la cual a todo condueño le corresponde la plena propiedad de la porción indivisa ínterin ésta no le sea adjudicada a alguno de modo individual. En este caso, la sentencia recurrida reconoce la existencia de un condominio sobre el terreno objeto de litis, pero se trata de un condominio *sui generis*, al estar íntimamente enlazada esta copropiedad con los edificios de que son propietarios, no pudiendo disfrutar del terreno nada más que para servicios de los propios edificios, por lo que teniendo en cuenta que los caracteres del condominio son la pluralidad en el sujeto, la unidad en el objeto y la atribución de cuotas, vemos que la unidad en el objeto se diluye y amplía a las edificaciones colindantes, con lo que se infringe el artículo 392 del Código Civil, así como el 348, pues realmente no se puede gozar del terreno de una manera individual, sino conjuntamente con el edificio, ni se puede disponer de la cuota que sobre tal condominio le corresponda, pues las disposiciones vienen sometidas a la enajenación del edificio.

A esto contesta la sentencia del modo siguiente:

«Considerando que el quinto motivo denuncia la violación de los artículos 348 y 392 del Código Civil, argumentando en el sentido de que la sentencia no concede una real propiedad a los comuneros, sino que estima ésta para servir a los edificios; mas tal argumentación es errónea, puesto que la propiedad puede estar limitada por servidumbres, como en el caso presente ocurre.»

4.º *Posesión en concepto de dueño apta para la usucapión.*—El recurrente parte de que no existe en este caso posesión apta para la usucapión, en primer lugar porque los hechos posesorios han sido tener ventanas sobre el terreno, verter aguas sobre el mismo, y estos hechos no llevan consigo una subordinación económica de la cosa, que es la esencia de la posesión, sino a lo sumo produciría una prescripción adquisitiva de otros derechos reales no del dominio; en segundo lugar, porque esos hechos no implican posesión en concepto de dueño, o sea, con la intención de hacer la cosa suya, sino todo lo más, la adquisición de las respectivas servidumbres.

Frente a esto, el considerando quinto de la sentencia dice:

«Considerando que los tres últimos motivos han de perecer, puesto que el sexto parte de la falsa premisa de estimar a los recurrentes propietarios, cuando la sentencia recurrida afirma lo contrario; el séptimo parte de una estimación particular de los actos posesorios de los recurridos, cuando la resolución establece que han poseído durante más de treinta años, y el octavo pretende probar que los recurridos no han poseído con *animus domini*, y la sentencia al declarar adquirido el derecho por prescripción sienta como probado lo contrario.»

RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE UNA SOLA DE LAS TRES FINCAS VENDIDAS POR PRECIO CONJUNTO. EL REQUISITO DE LA CONSIGNACION: ADECUADA CONSIGNACION DE LA TERCERA PARTE DEL PRECIO PRESTANDO FIANZA PARA EL SUPUESTO DE QUE HUBIERE EXCESO. NO HAY OBLIGACION DE CONSIGNAR EL EXCESO DE VALOR UNA VEZ CONOCIDO EL RESULTADO DE LA PRUEBA PERICIAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña María B. Esmoris formuló demanda de retracto de colindantes contra don Braulio B. Andrade, quien, al parecer, al tiempo de formular la demanda se hallaba en el extranjero, y contra el Ministerio Fiscal, exponiendo que el demandado había adquirido en escritura de 12 de enero de 1972 tres fincas por el precio conjunto de 100.000 pesetas, de las que pretende retraer como colindante con la de su propiedad una de ellas, calculando el precio declarado en la escritura de modo proporcional más gastos de legítimo abono en la suma de 35.000 pesetas, prestando caución y fianza suficiente en caso de que exceda de tal cantidad. Suplica al Juzgado se condene al demandado a que otorgue a favor de la demandante la correspondiente escritura pública de compraventa o subrogación en la misma por el precio aludido y gastos de legítimo abono, o por el que pericialmente y dentro de la proporcionalidad al total le corresponda a la finca, con los mismos gastos de legítimo abono.

El Ministerio Fiscal compareció en autos manifestando que su obligación es representar a personas realmente ausentes y no a personas que tienen domicilio conocido, aunque actualmente se hallen, al parecer, en el extranjero, a quien no tiene por qué representar.

Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en los autos, en su representación, el Procurador don Juan Manuel L. Rial, contestando a la demanda oponiéndose porque el plazo de retracto había cadu-

cado al tener la actora conocimiento de la transmisión antes del otorgamiento de la escritura de venta y porque la consignación realizada no era correcta, pues las fincas comprendidas en la escritura eran de distinta clase, superficie y destino, no procediendo hacer esa proporcionalidad de la tercera parte.

El Juez de Primera Instancia de Corcubión dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada en su resultado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara haber lugar al recurso interpuesto por la actora, por lo siguiente que señala la primera sentencia:

«Considerando que el retracto de colindantes, que el artículo 1.523 del Código Civil establece en favor de los propietarios de tierras contiguas cuando se vende una finca rústica en la que concorra esta circunstancia de colindancia, y no exceda su cabida de una hectárea ni estuvieren separadas por alguno de los accidentes de terreno que dicho precepto legal enumera, es uno de los retractos legales que, en términos generales, el artículo 1.521 del mencionado Código define, y cuyo válido ejercicio en el orden procesal viene condicionado por el cumplimiento de determinados requisitos, que en forma imperativa tiene establecidos el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno de los cuales, y señalado con el número segundo, es el de que por el demandante retrayente se consigne el precio que hubiese satisfecho el comprador demandado por la finca objeto del retracto, existencia lógica toda vez que el retrayente sustituye al comprador en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de compraventa, si bien la rigidez de este principio de la entrega o consignación de la cantidad constitutiva del precio no está concebida en términos tan absolutos que pudiera hacer ineficaz el derecho de retracto cuando, por especiales circunstancias, no fuese conocido ese precio o sólo constase como cierto parte del mismo, pues tal contingencia la prevé el mencionado número segundo del artículo 1.618, al establecer para este supuesto que se dé fianza de consignarlo una vez que sea conocido.»

«Considerando que en aplicación de lo anteriormente expuesto al caso objeto del presente recurso, es visto que la actora, retrayente de una sola de las tres fincas rústicas que el demandado, adquirió conjuntamente y por el precio global de 100.000 pesetas, al no serla posible conocer en el momento de presentar la demanda el que pudiera corresponder a la que es objeto del retracto, consignó, como trámite previo para dar curso a ésta, la suma de 35.000 pesetas, que por ser superior a la tercera parte de la cantidad importe del precio estimó ser la procedente, al propio tiempo que prestó fianza, para el supuesto de que aquélla fuese insuficiente, de consignar el exceso si lo hubiere una vez le fuere conocido, con lo que cumplió el requisito formal de la consignación que previene, en su número segundo, el precitado artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la circunstancia de que el dictamen pericial, según la prueba practicada para mejor proveer en primera instancia, haya estimado el valor de dicha finca en 63.000 pesetas obligase a la demandante a consignar, una vez conocido el resultado de dicha prueba, la diferencia existente entre la cantidad en principio depositada y la estimada por el perito, como la sentencia impugnada declara con error, pues tal exigencia no está determina-

da por la ley ni del texto literal del precepto anteriormente aludido cabe deducirlo, y estando perfectamente trabada la litis por la consignación inicial efectuada al presentar la demanda, conforme a la cantidad que la actora creyó era la que procedía, al desconocer la que pudiera corresponder dentro del precio global que por las tres fincas vendidas se fijó en la escritura pública de compraventa, el hecho de ser mayor el valor correspondiente a la finca objeto del retracto, que resulte conocido con posterioridad, afectará a la efectividad del reintegro en el momento en que la escritura de retroventa se lleve a efecto, que ha sido afianzado, pero no al requisito formal de la consignación que fue válidamente hecha en el momento procesal oportuno, en la forma ya expuesta, y además, y en todo caso, exigir el depósito de la suma estimada pericialmente como la que a la finca en cuestión corresponde, sería tanto como prejuzgar la determinación del precio sin controversia, dado que la declaración de cuál sea ese precio corresponde al Juzgador, quien lo fijará en su sentencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, sin que esté obligado a sujetarse al dictamen pericial, que no le vincula, ya que la eficacia de la prueba pericial viene determinada por la apreciación que de la misma haga aquél conforme a las reglas de la sana crítica, según dispone el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo ésta la doctrina que, interpretando el artículo 1.518 y concordantes del Código Civil, así como el citado número segundo del artículo 1.618 de la Ley Procesal, tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 19 de enero de 1944, 29 de mayo de 1957, 10 de mayo de 1958 y 19 de diciembre de 1959, declarándose en esta última, de forma expresa, que cumplido el requisito de afianzar la consignación del precio una vez que sea conocido, el precepto legal no señala plazo alguno para llevar a efecto ésta una vez se sepa el precio real, por lo que al no haberlo así entendido la Sala sentenciadora ha incurrido en la infracción, por violación, del citado artículo 1.518 del Código sustantivo, relacionado con el 1.618, número segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la doctrina legal contenida en las sentencias que se mencionan y las relacionadas por la recurrente, cuya infracción es la que se denuncia en los motivos primero y segundo del recurso, formulados al amparo del número primero del artículo 1.692 de dicha Ley Procesal, y que por ello resulta obligado acogerlos.»

«Considerando que la estimación de los dos primeros motivos del recurso releva del examen de los dos restantes, toda vez que no pudiéndose impugnar en casación más que la sentencia de segunda instancia, que es la que se recurre, no cabe combatir los motivos o razonamientos tenidos en cuenta para el fallo de la sentencia dictada en primer grado cuando los considerandos de ésta no han sido aceptados por la pronunciada en la apelación, supuesto éste que es el que se da en el presente recurso, pues la sentencia impugnada, al afirmar, referido a la del Juez de Primera Instancia, que resuelve «con total independencia de lo que en la sentencia recurrida se expresa», confirmándola sólo por los razonamientos de la Sala, es indudable que no aceptó sus considerandos, y ello veda que puedan ser examinados los motivos por la que son combatidos por la recurrente, como determinantes del fallo desestimatorio de la demanda, pues no puede formularse ningún motivo con base en argumentación que tienda a combatir lo que no fue causa de declaración de la sentencia recurrida en casación, ya que los considerandos, si no se reflejan en el fallo, no pueden servir de

apoyo al recurso, pudiendo solamente combatirse los fundamentos que sean base de los pronunciamientos de la sentencia objeto del mismo, siendo obligado prescindir de analizar los restantes, y entre ellos, los de primera instancia que no hayan sido aceptados en la sentencia de apelación, como viene establecido por las Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1956, 28 de febrero de 1957 y 14 de febrero de 1963.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, declarando no probado que la actora hubiere tenido conocimiento de la completa transmisión de la finca con todas sus condiciones antes del plazo de caducidad de la acción de retracto, así como cumplido el requisito de la consignación.

NOTA.—Es obligado dejar constancia de lo acertada que es esta sentencia en sus razonamientos y conclusiones a propósito del requisito de la consignación, por lo que los suscribimos íntegramente.

J. M. G. G.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. PRO- CEDIMIENTO DE ELABORACION DE UN DECRETO. CAJAS DE AHORROS E INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO. COMPETEN- CIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

I. LA SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1979

1. *Antecedentes*

Ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo se interpone recurso contencioso-administrativo por el Ayuntamiento de San Sebastián (Guipúzcoa) impugnando el Decreto de 27 de agosto de 1977, que trata de los órganos de las Cajas de Ahorro (cap. I), de las operaciones de las Cajas (cap. II) y de la confederación (cap. III), ello según principios, muy reiterados en el preámbulo, de representatividad y libertad, tanto en aspectos organizativos como operativos.

La Sala del Supremo (ponente excelentísimo señor don Luis Vacas Medina) desestima el recurso en base a los siguientes considerandos:

2. *Considerandos*

Considerando que, en primer lugar, el Abogado del Estado plantea la causa de inadmisión del recurso, comprendida en el apartado f) del artículo 82 de la Ley normativa de la Jurisdicción, en relación con el artículo 58 de la misma Ley, aduciendo al respecto que el Real Decreto número 2.290/1977, de 27 de agosto, regulador de los órganos de gobierno y de las funciones de las Cajas de Ahorro y que constituye el objeto de la impugnación jurisdiccional, fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de septiembre siguiente, y que el escrito de interposición del recurso se presentó en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal el 5 de noviembre del mismo año, es decir, cuando ya habían transcurrido sesenta y un días naturales siguientes al de la fecha de aquella publicación; pero semejante alegación del defensor del Estado debe ser rechazada si este orden se advierte que, conforme establece el artículo 5.º del Código Civil, en la redacción que le fuera dada por el Decreto de 31 de mayo de 1974 y ha precisado reiterada jurisprudencia de esta Sala—de que son muestra las Sentencias

de 11 de marzo y 27 de mayo de 1977, entre otras—, el plazo en cuestión para los recursos interpuestos después de la vigencia del Decreto últimamente citado ha de computarse de fecha a fecha, por lo que la presentación del recurso en este caso no puede calificarse de extemporánea en modo alguno.

Considerando que entrando ya a conocer de la cuestión a que fundamentalmente concierne el recurso—nulidad del Real Decreto de 27 de agosto de 1977—, ha de advertirse que la Corporación demandante formula dos motivos en los que basa la impugnación que hace de la disposición recurrida, el primero de fondo, que atañe a la que estima falta de atribución del Gobierno para regular las funciones y la composición orgánica de las Cajas de Ahorro, y el segundo de forma, que respeta a la que supone infracción de los artículos 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, haciéndose necesario, para una mejor sistematización de los temas debatidos, el examen por separado de cada uno de ellos, determinante de la decisión que sobre los mismos haya de ser adoptada.

Considerando que con referencia al primer motivo del recurso debe señalarse: 1.º, que la Ley de 14 de abril de 1962 sobre nueva Ordenación del Crédito y la Banca, después de contemplar en su preámbulo las posibilidades que, en relación con su contenido, ofrecían las Cajas de Ahorro para impulsar en forma adecuada las inversiones necesarias para el desarrollo de amplios sectores de la vida económica nacional, enunciaba en la base 5.ª de su artículo 1.º las directrices fundamentales a que habrían de ajustarse las disposiciones que se dictaran sobre dichas Cajas para alcanzar los objetivos señalados en aquella ordenación legal, autorizándose el desarrollo de las bases de la Ley en forma escalonada al ritmo más conveniente a juicio del Gobierno o del Ministro de Hacienda, mediante las disposiciones del rango precedente; 2.º, que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.º de la citada Ley, se promulgó el Decreto-ley de 7 de junio del mismo año, en cuyo artículo 5.º se determinaban fundamentalmente las atribuciones que en relación con el funcionamiento del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro y también con el de éstas, se asignaban al Ministro de Hacienda, al que asimismo se autorizaba para dictar las normas necesarias para el desarrollo del Decreto-ley, según se establecía en las disposiciones finales del mismo, y 3.º, que en evidente desenvolvimiento de los principios contenidos en la Ley y Decreto-ley a que anteriormente se alude, se dictaron por el Gobierno los Decretos de 26 de marzo de 1964 y de 3 de abril de 1975, manifestaciones de aquella nueva ordenación de las Cajas de Ahorro en determinados aspectos operativos y orgánicos de las mencionadas Cajas.

Considerando que en la misma línea que los dos Decretos citados en el ordinal 3.º del anterior considerando—al último de estos Decretos el Ayuntamiento accionante había prestado su conformidad, adaptando sus estatutos al mismo, por lo que fueron aprobados por resolución del Ministerio de Hacienda de 16 de febrero de 1976—cabe inscribir a la disposición impugnada de 27 de agosto de 1977, que teniendo su justificación específica en la que se califica de profunda reforma que el sistema financiero español exige para alcanzar un adecuado funcionamiento de nuestra economía, dirige su contenido normativo a la modificación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro, de la operativa de las mismas, de la asignación de sus excedentes y de la organización y funciones de sus instituciones repre-

sentativas a nivel nacional, y como el Ayuntamiento recurrente no demuestra que el Decreto combatido infrinja disposición de superior rango, ni que el Gobierno se haya excedido en sus atribuciones al dictarlo, llegando incluso a reconocer que no existe un precepto concreto que impida al Gobierno llevar a cabo la regulación efectuada, es visto que el recurso jurisdiccional contra dicho Decreto promovido debe ser desestimado en el primer motivo que al efecto se aduce.

Considerando que el carácter general de la nueva Ordenación de las Cajas de Ahorro, independientemente de la índole local que éstas pudieran revestir, ha sido proclamado por la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1977, que al justificar las peculiaridades de aquella Ordenación en atención a los fines que las Cajas persiguen y a las operaciones que realizan, negó a la Caja de Ahorros en tal ocasión recurrente el régimen excepcional que pretendía precisamente con fundamento en su índole local, no pudiéndose sostener por esa mera circunstancia entonces, como tampoco ahora, infracción de norma o de principio jurídico alguno.

Considerando que la misma suerte que el primero debe seguir el segundo motivo en que se fundamenta el recurso, si se tiene en cuenta que *las dos infracciones formales que a tal fin se denuncian—falta de audiencia a las entidades representativas de los intereses afectados por la disposición y falta de remisión previa del correspondiente proyecto a los demás Ministros—, no tienen suficiente importancia para, en base a las mismas, acordar la anulación del Decreto impugnado, y ello porque, con arreglo al artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la parte considera infringido, la audiencia a tales entidades se supedita a que sea posible o la índole de la disposición lo aconseje, lo que ha inclinado a reiterada jurisprudencia de este Tribunal—Sentencias, entre varias, de 14 de diciembre de 1972 y 25 de septiembre y 17 de octubre de 1973—a dar a este requisito el carácter de observancia discrecional, y porque, conforme al artículo 131.1 de la antedicha Ley, que también se cita como infringida, la remisión del proyecto a los Ministros con ocho días de antelación puede abreviarse—aquí se remitió tres días antes de la celebración del Consejo, siendo incluido con la misma antelación en el orden del día de la reunión—y hasta omitirse en casos de urgencia apreciada por el propio Consejo, habiendo sido éste otro requisito exigido con criterios excluyentes de rigor por la jurisprudencia de este Tribunal, de que son ejemplo las Sentencias de 6 de diciembre de 1966 y 25 de septiembre de 1973, la última de las cuales ha determinado además que su falta no produce indefensión alguna.*

Considerando que al no apreciarse temeridad o mala fe en el comportamiento de las partes, no es pertinente, según los dictados del artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, una expresa imposición de las costas procesales que en el recurso han sido causadas.

II. ANÁLISIS DE LA ADMISIÓN DEL RECURSO

1. Control judicial de las normas (Reglamento-Ley)

La posibilidad de que por los Jueces pueda controlarse el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, después de una penosa

evolución (1) es hoy ampliamente (2) admitida en nuestro Ordenamiento jurídico. Así, en los artículos 1, 37-ap. 3 y 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en la propia Constitución, artículo 106. Y precisamente radica la importancia de este control en el dato, fácilmente constatable, de la proliferación de normas del ejecutivo. Es el fenómeno de la motorización legislativa, de que hablara C. SCHMITT, y que se produce en razón de la cada día más dinámica social. Creo importante resaltar este punto, y no resisto a traer más expresivas palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, que lo subrayan. Dice:

«Quizá el jurista de Derecho civil, formación que es aún la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas, aun cuando las mismas estén ya también penetrando decididamente en su viejo y tranquilo *hortus conclusus*.

El jurista tradicional tiene, podríamos decir, una concepción *plana* de la Ley, concepto con el que identifica—y así interpreta sin más las referencias únicas a este término que se contienen en el título preliminar del Código Civil—toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y contenido. Suele ser el Administrativista el que, por la misma fuerza de las cosas operantes en el ámbito en que ha de moverse, se acerca al orden normativo escrito en la inexcusable coincidencia de una *tercera dimensión*, de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor» (3).

Pues bien, si, por un lado, la existencia misma de la potestad reglamentaria no puede discutirse, en cuanto a su conveniencia, dada la dinámica de las sociedades actuales y, sobre todo, la necesidad de una incidencia de la Administración en ámbitos que potencian un mayor bienestar social, lo que debe quedar subrayado es, por otro lado, la trascendencia que el control de dicha Administración reviste, y concretamente, por lo que a este comentario se refiere, al control judicial (4). En palabras de A. NIETO:

«La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial—tanto político como jurídico—no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son—y deben ser—desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible, de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de derecho» (5).

Desde la aludida perspectiva de esa *tercera dimensión*, en profundidad, aplicada a las normas en sí mismas consideradas, se advierte que mientras en el ámbito reglamentario el principio de jerarquía normativa se presenta

(1) Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ *Comentarios a la L J C - A M*, 1978, 586 y sigs. y bibliografía que cita, así como la por mí citada en este comentario.

(2) La amplitud, en los términos que luego veremos.

(3) En *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, 7.

(4) Este planteamiento es general, así, por ejemplo, J. BERMEJO, «REDA», 10, 501.

(5) En «RAP», 37, 78.

con una gran riqueza de grados puestos en el escalafón de disposiciones (en conexión con la jerarquía del órgano del que emanan), cuando se trata de leyes en su sentido más estricto, en principio, desaparece positivamente tal riqueza e incluso la misma jerarquía. Sólo el Ordenamiento constitucional (6), en cuanto super Ley o Ley acorazada, puede determinar que sea ilegal una Ley emanada del Poder legislativo. En tal caso, como es sabido, Jueces ordinarios no pueden (división de poderes...) controlar la Ley; son Jueces constitucionales los que jurisdiccionalmente controlan actuaciones de naturaleza claramente política (art. 161, 1, a), de la Constitución) (7). A los Jueces ordinarios (en cuanto no constitucionales) les queda la labor de la aplicación del Ordenamiento jurídico con todas sus posibilidades, tanto desde perspectivas filosófico-sociológicas (uso alternativo del Derecho) (8) como positivas (recuérdese el tema de la búsqueda de la Norma en el artículo 7 de la L.O.P.J. de 1870, hoy 163 de la Constitución) (9).

Control de los *Reglamentos*, imposibilidad de declarar la invalidez de las *Leyes*; por tanto, en relación con los Jueces contencioso-administrativos. El problema, tópico en Derecho administrativo, lo constituyen aquellos Reglamentos con fuerza de Ley, los que emanados de quien no tiene la potestad legislativa, a pesar de ello tienen voltaje jurídico de Ley; en tanto en cuanto que no lleguen a alcanzar tal voltaje, sí podrán ser declarados inválidos por el Juez contencioso (10). Baste destacar el tema, que no es el del supuesto de la sentencia comentada, para que complete el cuadro de normas y diferenciarlo del de las simples remisiones y deslegalizaciones (supuesto de la sentencia, como luego veremos).

2. *Reglamentos justiciables (Reglamento-acto)*

Centrados en los Reglamentos propiamente dichos, en cuanto tales, emanados de la Administración y sin ningún plus valor, la necesidad de distinguirlos de los actos administrativos y fundamentalmente de aquellos que van dirigidos a una pluralidad de sujetos, surge con todas sus connotaciones prácticas (que en seguida veremos) y, consecuentemente, con la exigencia de encontrar el criterio delimitador.

Aun prescindiendo del problema teórico (y también práctico, como veremos en el apartado siguiente) de si es posible entender como una figura única acto y Reglamento administrativo, el hecho de la diferenciación de su régimen, y aquí concretamente del de impugnación, exige, como deci-

(6) No entro en el tema de las leyes refrendadas y leyes orgánicas. Baste destacar el tema de las leyes estatales en su relación con las leyes de las comunidades autónomas. En ellas, como ha resaltado S. MUÑOZ MACHADO, más que principio de jerarquía, el que juega es el de competencia. En *Las potestades legislativas de las comunidades autónomas*, Madrid, 1979.

(7) Sobre el tema de la aplicación del Derecho en sede constitucional puede verse el interesante trabajo de S. MARTÍN RETORTILLO en «REDA», 15. En relación con el aspecto apuntado arriba en el texto, concretamente pág. 556. Evidentemente, la oposición al ordenamiento constitucional puede ser también en relación con el procedimiento de elaboración de la ley, así como de su forma (tema de la publicación). Al respecto hay muy sugestivos análisis en A. NIETO: *La autenticidad de las normas escritas*, «REDA», 16, y J. BERMEJO: *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977.

(8) Sobre el tema, entre otros análisis más concretos el de E. DÍAZ en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, especialmente el capítulo II. También el volumen colectivo *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, 1978.

(9) El desarrollo del 163 C.E., así como su conexión con el tema de que hablo, parece fundamental. Al respecto, M. BASSOLS, «RAP», 87, 157, habla de «difuso control».

(10) Sobre el tema, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit.: J. JOANIQUE, en la voz *Legislación delegada* de la NEJ, Seix, R. GÓMEZ-ACEBO, «RAP», 6, A. GIL ROBLES, «REDA», 3, E. LINDE, «REDA», 16.

mos, encontrar el criterio delimitador, que no podrá ser otro que el ordinalista (11).

La primera diferencia del Reglamento en cuanto a su justicialidad, en relación con los actos, es la que hace referencia al mismo objeto impugnado: mientras los actos impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa son los actos de la Administración que sean administrativos (. .), los Reglamentos no necesariamente deben serlo. Quiere decirse que aunque el Reglamento resuelve materias no administrativas, su control corresponde a Jueces de tal jurisdicción, y ello dado que lo que se fiscaliza no es tanto la materia como la potestad reglamentaria en cuanto tal potestad formal, cuyos límites (sustanciales, formales, procedimentales) son siempre regulados por el Derecho administrativo, incluso respecto de materias que aparentemente pudieran ser equivalentes a los actos políticos (12).

Dicho lo anterior, sobra decir que dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa es presupuesto que haya un Reglamento que revisar. Al tema me he referido en anteriores comentarios; problema de la inactividad de la Administración. Quede recogida, no obstante, la interesante Sentencia de 9 de noviembre de 1965, en la que la Administración es condenada a dictar un Reglamento.

En la sentencia que comento ahora hay un Reglamento, y de lo que se trata es de que se declare ilegal porque así se considera por el Ayuntamiento de San Sebastián (Guipúzcoa). Sobre el carácter administrativo o no de la materia regulada (Cajas de Ahorro), sin perjuicio de lo que digo en la última parte, quede dicho que, según lo anterior, es irrelevante en cuanto a la admisibilidad del recurso; si acaso haría referencia al tema del fondo (puede o no dictarse el Reglamento).

3. *Articulación de la impugnación*

La impugnación de un Reglamento puede hacerse directa o indirectamente (37-3 y 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Sobre la distinción no entraremos (13); centrémonos en la directa, que es el supuesto de la sentencia comentada.

Los temas que plantea la impugnación directa de Reglamentos, y concretamente del de organización de las Cajas de Ahorro de 1977, pueden centrarse en los siguientes:

- a) Recurso de reposición.
- b) Legitimación.
- c) Órgano judicial competente.
- d) Plazo para ejercitar la acción.

a) y b) *Reposición y legitimación (arts. 53-e) y 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

En términos generales, podría decirse que la impugnación directa de disposiciones generales, si bien no exige el previo recurso de reposición

(11) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «RAP», 29, L. MARTÍN RATORTILLO, «RAP», 40; J. LEGUINA, «RAP», 49, 209 y 88, R. MARTÍN MATEO, «RAP», 51 (crónica) Y la jurisprudencia que analizan y citan.

(12) J. GONZÁLEZ PÉREZ, cit., 149 y 589; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «RAP», 38, 201 y 55.

(13) Breve, sintético y claro E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1974, 155 y 55, 1ª ed.

(recurso administrativo), sin embargo, sí que exige una legitimación especialmente cualificada en su vertiente activa; si, por un lado, se facilita el acceso a la jurisdicción evitándose que el particular deba primero plantear el conflicto ante la Administración y sólo después pueda acudir a los Jueces, por otro, la especial legitimación (corporativa) deviene un límite, a veces infranqueable, para que ese acceso a la jurisdicción pueda ser realmente efectivo. La realidad práctica, en relación con el último aspecto, según la interpretación que ha hecho la jurisprudencia, es que la legitimación exigida es excesiva, pudiendo llegarse a preguntar la doctrina (14) si desaparece el recurso contra Reglamentos, y consiguientemente, dónde queda el derecho de toda persona a obtener la tutela *efectiva* de los Jueces y Tribunales (24 C.E.). Es evidente por demás que la conexión de los dos aspectos especiales de la impugnación de Reglamentos hace recordar el refranero castellano en lo de... más vale tarde que nunca: Es preferible tener que interponer el recurso de reposición, aunque sólo sea simple formalidad, que aunque no se tenga que imponer, no se pueda acceder a la justicia.

Lo dicho, en términos generales, porque si se leen detenidamente los artículos 28 y 53, con las correspondientes conexiones, resulta necesario distinguir, dentro de la Administración central, Reglamentos que hubiesen de ser cumplidos directamente sin previo acto de requerimiento, de los que sí exigieren tal acto. En el primer supuesto, no sería necesaria la reposición, y la legitimación sería la general. En el segundo, la impugnación directa exigirá previa reposición (15) y la legitimación especial del 28, 1, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (16).

En el supuesto del Decreto que nos ocupa parece clara la posición (implícita) del Tribunal Supremo: al no exigir reposición y al no ser el Ayuntamiento de San Sebastián (Guipúzcoa) de los entes a que se refiere el 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, está sosteniendo que el Decreto sobre Cajas de Ahorro de 27 de agosto de 1977 es de los que no necesita un acto de previo requerimiento para ser cumplido.

c) *Competencia del Tribunal Supremo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: 14, 1, a), y 6 del Decreto-ley de 4 de enero de 1977 (Audiencia Nacional)*

La competencia del Tribunal Supremo para conocer en primera y única instancia del recurso es clara en tanto que se trata de una disposición general que se impugna directamente, y en tanto que tal disposición (derivada de la Administración del Estado) se debe concretamente al Consejo de Ministros no es encauzable a la Audiencia Nacional (17).

(14) T. R. FERNÁNDEZ, «RAP», 65

(15) Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1971, 21 de marzo, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1973; 3 de marzo de 1975, 22 de octubre de 1976, 2 de mayo de 1977, y las que en ellas se citan, así como el auto de 20 de mayo de 1976.

Discrepa de esta opinión E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La delegación*, cit., 237 v. sigs.

En la línea de la jurisprudencia y argumentando contra el anterior, I. GONZÁLEZ PÉREZ, cit., 746 y sigs.

(16) Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 14 de febrero de 1975, 14 de mayo, 1 de junio, 3 de julio, 18 y 26 de octubre, 12 de noviembre y 14 y 22 de diciembre de 1976; la antes citada de 2 de mayo de 1977, y las que en ellas se citan. También la de 14 de noviembre de 1977

(17) No entro en el tema de la *Sala*

d) *Plazo (58 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*

Tampoco plantea problemas, aunque el Abogado del Estado procurase plantearlos, el cómputo del plazo una vez reformado el título preliminar del Código Civil. El primero de los considerandos de la sentencia comentada recoge la doctrina jurisprudencial unánime. Baste destacar la referencia a «los recursos interpuestos después de la vigencia del Decreto de 31 de mayo de 1974», que implica, en la línea de la aludida doctrina, no darle carácter retroactivo (18).

III. ANÁLISIS DE LAS INFRACCIONES DE FORMA

1. *Planteamiento y alcance de las infracciones*

Una vez admitido el recurso, una vez resuelta afirmativamente la cuestión planteada por el Abogado del Estado del plazo y las otras cuestiones (vistas) no alegadas, pero que de oficio debe apreciar el Tribunal (...), se entra en el tema de fondo de la demanda. Fondo que plantea como uno de sus aspectos la ilegalidad por infracción del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general (considerando segundo).

Pues bien, este tema se razona en el considerando sexto y de una manera tal que da a entender implícita, pero muy claramente, dos cosas. Por un lado, la posibilidad (evidente por demás) de controlar los vicios de procedimiento en el momento de la elaboración de los reglamentos (19). Y, por otro, el carácter relativo de la invalidez de la disposición en razón de tales vicios. Efectivamente, y éste es el punto en el que quiero insistir, si se *vuelve* a leer el considerando sexto, se aprecia que dice que *las dos infracciones formales denunciadas no tienen la suficiente entidad para acordar la anulación del Decreto impugnado*. Precisamente *anulación* y no declaración de nulidad. Se está diciendo (aparte que pueda deberse a una imprecisión terminológica, lo que no debe poderse deducir de una sentencia del Supremo), en definitiva, que dos simples infracciones de procedimiento no pueden determinar la nulidad absoluta o de pleno derecho, sino (a lo más) la anulación.

El tema, sobre el que ya se ha hecho eco esta revista (20), radica simplemente en una interpretación del apartado 2 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Este se refiere a los Reglamentos, estableciendo la sanción de nulidad plena en los casos del 28 de la Ley de Régimen Jurídico. A la luz de estos artículos resulta evidente que mientras los actos administrativos son, en principio, anulables cuando ilegales, respecto

(18) Además de las que se citan en la comentada, las de 29 de octubre y 2 de diciembre de 1974, 16 de abril de 1975, 28 de mayo de 1976, 13 y 14 de mayo de 1977, así como el auto de 3 de junio de 1977.

(19) Si en el recurso directo se negase tal posibilidad, la indefensión sería patente. Pero también en los supuestos del recurso indirecto. Al respecto parece inconcebible la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1974, en la que se niega tal control caso de un recurso indirecto. Sobre la crítica a la misma, contundentemente J. GONZÁLEZ PÉREZ en «REDA», 9.

Quede dicho que aunque pudiera ser la anterior una especialidad entre el recurso directo y el indirecto en modo alguno justificada, las vistas en el anterior apartado sí responden a razones con fundamento, al menos, positivo. Quiero dejar constancia, no obstante, del interesante dato de que incluso en los recursos indirectos se admite apelación (no primera instancia, como quedó dicho) ante el Supremo contra las sentencias de Audiencia en supuestos en que no cabría en cuanto a los pronunciamientos relativos al acto de aplicación del reglamento por razón de su cuantía. Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 22, 23 y 30 de marzo, así como 27 de abril de 1977.

(20) Me refiero a los comentarios de J. GONZÁLEZ PÉREZ en los núms. 498 y 503.

de los Reglamentos que infrinjan una norma (Reglamento o Ley) de rango superior, en cuanto a su contenido, en principio, lo que son es nulos de pleno derecho. Aquí radica precisamente una de las especialidades entre actos y Reglamentos. Pero el problema se plantea en el supuesto de infracción de normas de procedimiento. ¿Hay aquí también tal especialidad? Evidentemente, para el supuesto, la distinción teórica, relativa a la naturaleza jurídica, de acto y norma cobra singular importancia desde una perspectiva interpretativa. No se trata ahora de distinguir cuándo hay Reglamento y cuándo acto en sentido estricto, sino de ver hasta qué punto acto y Reglamento son reconducibles a una misma sustancia jurídica. Tampoco voy a adentrarme en este punto, baste destacar cómo la doctrina (21) se hace eco del tema y que la jurisprudencia está en la línea de la sentencia comentada. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1973 y 17 de junio de 1974 (22). Las de 17 de enero y 28 de marzo de 1977 (23). La de 24 de septiembre de 1977 (24). Las de 27 de septiembre y 14 de noviembre de 1977 y la de 27 de octubre de 1978 (25). La de 13 de octubre de 1978 declaró la nulidad absoluta, pero (téngase en cuenta) *dado que se prescindió total y absolutamente del procedimiento*, por lo que seguimos estando en la constante jurisprudencial.

2. Ausencia de participación en la elaboración del Reglamento o la infracción del 130, 4, de la Ley de Procedimiento Administrativo

La idea de participación, recogida en el 130, apartados 4 (...) y 5 (...), de la Ley de Procedimiento Administrativo (26), tiene una constante interpretación jurisprudencial: queda al arbitrio administrativo. Por ello conviene insistir en la idea de participación para resaltar en debida forma la importancia del trámite, dados los términos genéricos (6, 9, 23-5, 48, 125, 129) y específicos (105, a) en que la participación es tenida en cuenta en el texto de la Constitución. De aquí que deban valorarse los intentos de reenfocar el Decreto administrativo en función de dicha idea de participación, precisamente por su respaldo a nivel constitucional hoy ya (27).

(21) Aparte las colaboraciones en esta Revista, antes aludidas, por todos, R. GÓMEZ FERRER, en «REDA», 14, y J. BIERMEJO *La publicación*, cit., 152 y 88. En el sentido de la nulidad.

El peso de la concepción teórica uniforme aludida en el texto se hace sentir en F. GARRIDO: *Tratado de Derecho administrativo*, III, Madrid, 1963, 79.

Es de resaltar cómo la constitución distingue entre actos y reglamentos (106). Así lo notan, por ejemplo, J. L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER, en «RAP», 87, 201.

(22) Comentadas en esta Revista. V. nota 20.

(23) En la primera (de enero) cita por todas las sentencias la vieja de 26 de diciembre de 1961, y en la de marzo (segunda) hay un curioso alegato a la proporcionalidad en favor de la tesis, que es rotundamente desmantelada por R. GÓMEZ FERRER, cit., que se hace eco de ambas.

(24) Esta sentencia contiene el curioso delegado siguiente: Después de decir que la infracción de un solo trámite no puede determinar la nulidad absoluta (en la línea jurisprudencial), dice que además no puede haber ni siquiera anulación porque *no hubo indefensión, y para el juez, en tal supuesto, no hubo indefensión porque en relación con las disposiciones generales no puede haber por no regir en principio de contradicción*. Y cita una Sentencia de 2 de octubre de 1975 en el mismo sentido ().

(25) En ella se insiste en la línea apuntada, citando las Sentencias vistas en la anterior nota y las de 21 de noviembre y 6 de diciembre de 1977, que poco apoyo la pueden prestar dada su generalidad, por muy detenidamente que se lean. También cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1976.

Entre las sentencias poco utilizables en la línea que estamos viendo, también la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1978, que no es citada por la señalada en el párrafo anterior.

(26) J. M. DESANTES *Derecho administrativo*, 8-9, 48. F. GONZÁLEZ NAVARRO *Organización y procedimiento administrativos*, Madrid, 1975, 409 y sigs., por todos y entre otros.

(27) Referencia al tema en A. NIETO «REDA», 12, y «RPA», 76; S. MUÑOZ MACHADO, «RAP», 84. Como esquema de articulación de la participación el curso cit. de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, 75 y 55.

Las sentencias que constituyen la línea jurisprudencial antes señalada, y que, como se acaba de decir, debe ser desviada, está constituida por las siguientes sentencias 29 de diciembre de 1964, 7 de noviembre y 6 de diciembre de 1966, 7 de junio de 1970 (28). También 14 de diciembre de 1972, 25 de septiembre y 17 de octubre de 1973 (29). También 2 de octubre de 1975 y 5 de abril de 1976. También la de 24 de noviembre de 1977 (30). También la de 6 de diciembre de 1977. Esta sentencia tiene importancia por ser quizá la más completa: cita todas las que hemos citado, desde la de 1964 hasta la de 1973; habla de margen de discrecionalidad, de facultad de opción y de prerrogativa, y además lanza un *considerando* contra la única sentencia que había sostenido la obligatoriedad del trámite, que, quede dicho, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1972.

De nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1978 insistirá citando las recaídas desde 1964 a 1973 (menos la de 7 de noviembre de 1966), en que no es posible hablar de infracción de procedimiento cuando el trámite tiene carácter facultativo. Y la del 27 del mismo mes y año, que terminará diciendo simplemente que es doctrina (sin más) del Tribunal el carácter facultativo del repetido trámite.

La Sentencia de 21 de febrero de 1979, que comentamos, queda con lo dicho comentada; citando algunas de las que hemos recogido, insertándose en la línea vigente, no considera que haya invalidez en estos supuestos.

3. *La falta de remisión del proyecto de Decreto con la debida antelación o la infracción del 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo*

Analógicamente al trámite anterior, la jurisprudencia ha venido interpretando generosamente la invalidez en los supuestos de infracción del 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) (31), y en esta línea se inserta la que comentamos, que cita las de 6 de diciembre de 1966 y 25 de septiembre de 1973 (32). Y a las que hay que añadir la de 28 de marzo de 1977 (33). No obstante, lo que sí debe subrayarse es que en tal punto, y al igual que la aislada Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de mayo de 1972, que veíamos en el número anterior, una magnífica sentencia (ponente: MEDINA) puede servir de importante contrapeso cualitativo a la línea que es dominante. En la sentencia, que es de 19 de noviembre de 1975, se dice que:

«La innovación de un plazo destinado al estudio de un proyecto de la trascendencia del que se enjuicia no se debe resolver sin la meditación necesaria y sin la posibilidad de que tal plazo permita,

(28) «Es de observancia discrecional», es un consejo sano del legislador, es facultativo realizarlo, es de naturaleza facultativa y no preceptiva.

(29) Sólo procede cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de ello lo aconseje es de observancia discrecional para la administración, criterio de posibilidad u oportunidad según ponderación del Ministro, configurándose de esta manera un campo normativo de observancia discrecional no sujeto a reglas del Derecho administrativo (?).

(30) Esta, que cita las dos anteriores, dice que las circunstancias de que sea posible y aconsejable el trámite deben ser apreciadas con un margen de discrecionalidad por el Ministro que lleve la iniciativa en el procedimiento de elaboración del Decreto.

(31) Para J. M.ª DESANTES, cit., se trata de un requisito previo, pero ¿para qué? ¿A qué efectos?

(32) En la última se argumenta curiosamente en base a lo siguiente: si los Ministros no se opusieran, no puede haber indefensión.

(33) Esta más congruentemente sostiene que dado que el propio precepto admite situaciones de urgencia, y dado que ésta no debe justificarse (motivarse), no puede haber infracción.

como se recoge en el precepto legal, formular las observaciones que se estimen pertinentes por aquellos a quienes corresponde la aprobación o rechazo de lo sometido a su valoración.»

Cabría preguntar si en el supuesto de la Sentencia de 21 de febrero de 1979 no sería aplicable esta doctrina y no la dominante que recoge. Téngase en cuenta que el Decreto de agosto de 1977 se debe al Ministro de Economía, Ministerio que se crea por Decreto de 4 de julio de 1977 al reestructurarse el Gobierno.

III. ANÁLISIS DEL TEMA DE FONDO

1. *Intervencionismo del Estado en la economía. El crédito*

El intervencionismo de la Administración en la economía como fenómeno hoy irreversible, y como clara secuela hoy de la asunción de la idea del Estado social de derecho, en el cual la Constitución, al hacer referencia a derechos sociales que implican una necesaria transformación de la sociedad, exige una actuación de los poderes públicos en orden a conseguir la manipulación de los distintos elementos de la estructura económica en que descansa dicha sociedad (34), tiene una de sus más importantes parcelas de actuación en la moneda y el crédito (35). Concretamente, el crédito en el actual contexto económico representa uno de los ejes sobre los que se mueven las economías. No hace falta insistir en el tema: muy expresivamente pudiera decirse que no es sólo necesario tener dinero para poder comprar..., sino que a veces esa necesidad de dinero determina incluso la de comprar el propio dinero. Y piénsese que el encauzamiento de las grandes masas de dinero que disponen los sujetos (Bancos fundamentalmente, también compañías de seguros) implica decisiones de una trascendencia socialmente significativa. Incluso no sólo la dirección que tome el dinero hacia unos sectores y otros, sino su misma liquidez y baratura puede tener un significado considerable en los aspectos monetarios de la economía.

En este contexto, el Estado (occidental) interviene, por un lado, en una labor de directa prestación a través de la Banca oficial (36), cuya actuación, en base a su titularidad pública, podrá libremente dirigir (37) y, por otro lado, interviniendo, incidiendo, modulando la actuación de aquella Banca que todavía no es oficial. En este último aspecto (que se fundamentaría, en un plano general, en razones de política monetaria y de encauzamiento de las inversiones, y en uno más concreto, en la necesidad de garantizar la seguridad de los depositantes y de evitar la usura), se puede destacar una triple incidencia: una organizativa (38) (estableciendo el tipo

(34) S. MARTÍN RETORTILLO, «RAP», 50, con la bibliografía que cita. A la luz de la Constitución, M. BASSOLS, «RAP», 87.

(35) R. MARTÍN MATEO *Administración monetaria*, Madrid, 1968, S. MARTÍN RETORTILLO: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, 1975, F. MUÑOZ LAGOS *Aspectos jurídicos del control administrativo de entidades de crédito y ahorro privado*, Madrid, 1977. Ciclo de conferencias en la D.G.C.E., 1978.

(36) J. BALTAR, «Rev. Fac. D. U. Complutense», núm. 49, págs. 119 y sigs., S. MARTÍN RETORTILLO, cit., y la bibliografía que recoge.

(37) Libertad en cuanto tal Estado (es decir, aparte el tema del control de crédito oficial), S. MARTÍN RETORTILLO, cit., 232 y sigs.

Otro punto de singular interés es el histórico principio de subsidiariedad. V. sobre el tema, S. MARTÍN RETORTILLO, cit., 123 y sigs. Del mismo, «RAP», 83, desde el punto de vista constitucional.

(38) Es fundamental en este punto el Decreto de 9 de agosto de 1974.

jurídico al que deben responder los Bancos y sus especialidades, así como el control del número de Bancos y sucursales); otra funcional (encorsetando el libre funcionamiento en base a distintos tipos de coeficientes, reservas y carteras de valores), y otra de incidencia sobre las relaciones jurídico-privadas (tipos de interés, etc. ...) (39).

2. Las Cajas de Ahorro, temática que subyace en la sentencia

Lo dicho en relación con la Banca privada tiene también su traducción a las Cajas, respecto de las cuales el Decreto de 27 de agosto de 1977, que se impugna, establece la organización a que deben responder, y su constitución (40) y expansión (41) se regula análogamente a la de los Bancos. Respecto de las cuales, además, se establece también un encauzamiento del funcionamiento a través de coeficientes, reservas análogas a las de la Banca privada (42), y respecto de las cuales, pudiendo ya realizar todas y las mismas operaciones que la Banca, se establece el mismo régimen de intereses, etc. . (43).

Pues bien, lo que impugna el Ayuntamiento de San Sebastián precisamente es el Decreto que regula el tema de la organización fundamentalmente. Desconozco los Estatutos de la Caja de Ahorros, pero parece que lo que motiva un rechazo del Decreto por parte del Ayuntamiento no es que la Caja pueda realizar todo tipo de operaciones (44) en igualdad (al menos en este aspecto) con la Banca, sino más bien el recelo a perder el control de la Caja. Repito que desconozco los términos del Estatuto que se ve afectado, y resalto que pudiera ser también motivada la impugnación no a un deseo de que el Ayuntamiento siga conservando el control, sino las fuerzas e intereses representados en dicho momento y, evidentemente, antes de las elecciones municipales. Subrayo que desconozco el hecho concreto, pero es del dominio público la reacción representada por distintas Cajas en este sentido. Por demás no deja de ser significativo que, ya *a posteriori*, determinada crisis en una sociedad de un significado empresario vasco, se haya achacado por ciertos sectores a la intervención de determinado partido político de izquierda a través de su representante en la Caja vecina a la provincia de San Sebastián.

Sea cual fuere el contexto sociológico subyacente en el *pleito*, lo que sí me parece evidente es que en juego está el tema de la organización de las Cajas, y concretamente el poder de las mismas. Debe destacarse en este sentido cómo ya desde el principio de la historia de las Cajas, su dirección, a *pesar de ser gratuita*, ha despertado evidentes apetencias. Así se ha podido decir que:

«Siempre hay hombres filantrópicos que se prestan gustosos a ese servicio gratuito en bien de sus semejantes. Servicio gratuito que, no obstante, tendrá su contrapartida. Nada menos que recibir el poder de gestión y administración de esos ahorros. Dentro de

(39) Orden de 3 de julio de 1977

(40) Decreto de 3 de julio de 1975

(41) Orden de 7 de febrero de 1975

(42) Decretos de 26 de marzo de 1964 y posteriores

(43) Así en la Orden de 3 de julio de 1977

De aquí que se haya podido hablar de las Cajas como *Bancos de estatuto especial*. Sobre el tema, V. SANJOS *Contrato bancario*. Bilbao, 1972, 112.

(44) Las mismas que los Bancos privados, art. 20 del Decreto.

unos límites predeterminados, es cierto, pero en los que el inarco de opción es, sin duda alguna, importante. En tal sentido conviene tener muy en cuenta que, en principio, hay una escisión total y absoluta entre la procedencia del ahorro y la gestión y administración del mismo. Es algo importante que conviene poner de relieve. Aquel procede, de modo muy principal, de las clases modestas; la inversión, sin embargo, la determinan quienes, como auténticos patricios, pertenecen a las clases poderosas» (45).

Pues bien, la situación no debía ser la deseable en el momento de ver la luz el Decreto de 27 de agosto de 1977, sino precisamente la descrita, en la mayoría de los Estatutos de las Cajas de Ahorro. De ahí que ante la insuficiencia de una solución por vía singularizada (Estatuto por Estatuto), así como el marco obligado constituido por el Decreto de 3 de abril de 1975, que en cuanto a los distintos intereses representados establecía simplemente que su *proporción debía ser la adecuada* a las peculiaridades de la Caja, se dictase al poco de tomar posesión el primer Ministro de Economía el Decreto aludido, estableciendo un marco más concreto y determinando las proporciones de la representación, dentro de las cuales quedará, por tanto, poco margen a los Estatutos que deberán ser adoptados.

Bien significativas son en este sentido las palabras del preámbulo del Decreto de 27 de agosto de 1977. En dicho preámbulo, después de resaltar como los principios informantes del articulado del Decreto, de otros aspectos de las Cajas e incluso del sistema financiero, los de representatividad y libertad, se dice que:

«La profunda transformación que ofrece la vida política y el ambiente social en nuestro país, al incorporar permanente a sus estructuras y actividad los criterios pluralistas y democráticos que ha impuesto el ejercicio de la libertad individual y colectiva, aconseja trasladar tales principios a los órganos del gobierno de las Cajas de Ahorro, instituciones que, por su finalidad y naturaleza, están directamente insertas en la propia comunidad que constituye la base de su desarrollo. Por ello, la modificación de la normativa por la que se regula la composición y funcionamiento de esos órganos de gobierno y administración, ha de ofrecer el cauce adecuado y necesario para materializar de forma plena el principio de amplia representatividad que actualmente informa y preside las diferentes expresiones de la escena social española.

A tales efectos se arbitran en el presente Decreto los procedimientos necesarios para conseguir una extensa base de representación de la que surjan los miembros que integraron los citados órganos de gobierno, articulándose la selección mediante *amplios criterios objetivos*, que permitan *excluir influencias o vinculaciones que pudieran condicionar en alguna forma el libre y racional desenvolvimiento de la gestión de las Cajas de Ahorro y la eficaz realización de sus objetivos.*»

Creo que no se puede ser más expresivo a la hora de justificar un articulado. Sin entrar en la plasmación concreta de la idea que guía al legis-

(45) S. MARTÍN RETORTILLO, cit. 331, y las últimas consideraciones de su trabajo (que en parte, son asumidas por el Decreto)

lador (reglamentador), lo que queda patente es que la situación exigía tal línea de actuaciones.

Pues bien, frente al Decreto se alza el Ayuntamiento donostiarra impugnándolo por razones de procedimiento (como vimos en la segunda parte) y alegando, por otro lado, la incompetencia del Gobierno para efectuar la regulación (considerandos segundo y quinto).

3. *La potestad reglamentaria en general*

Lo alegado por el Ayuntamiento de Donosti es que el Gobierno no tiene atribuciones para efectuar la *regulación realizada*. Y como a nivel reglamentario, el más alto escalón, el último, se encuentra precisamente en el Gobierno, lo que se está diciendo es que no cabe regulación por vía reglamentaria del tema, sino que debe hacerse mediante Ley (46).

No es posible una detención en el rico tema del fundamento de la potestad reglamentaria en general (47); basten unas breves consideraciones referidas al supuesto concreto que nos ocupa partiendo de ideas perfectamente conocidas.

Debe señalarse en este sentido cómo partiendo de la idea del Reglamento independiente no ejecutivo, la justificación que pudiera hacerse al respecto de la potestad ejercitada conectaría con el tema de la organización. Pues bien, en este orden de ideas debe descartarse la posibilidad, porque con independencia de la tesis que se sostenga sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorro (pública o privadas) (48), en cualquier caso no estaríamos aquí ante un supuesto de *auto-organización*, ya que se trata de una regulación estatal y las Cajas es imposible emplazarlas en tal ámbito.

La otra vía de acceso del Reglamento independiente sería la de las relaciones de sujeción especial; en tanto en cuanto se diese tal tipo de relación en el caso de las Cajas cabría entender posible el Reglamento. El tema en este punto creo que reviste mayor interés, y aunque deba responderse negativamente no deja de ser sugestivo resaltar el carácter benéfico social que han revestido en algunos momentos de su evolución las Cajas (49). Hoy, no obstante, la consideración de las Cajas de Ahorro se hace desde valoraciones fundamentalmente económicas y financieras, lo que hace conectar la intervención con el tema general de las entidades financieras (50).

Precisamente en relación con lo últimamente señalado estaría otro interesante camino, cual sería el de la justificación positiva, en base al ordenamiento, de la intervención estatal en materia económica y de crédito. Evidentemente no se puede recorrer ahora tal camino; basten las genéricas consideraciones hechas al principio. No obstante, lo que sí debe quedar patentizado es cómo tal incidencia del Estado a través de la Administración determina uno de los ejemplos de alteración de la teoría tradicional en el tema de autorizaciones-concesiones (51), punto en el que precisamente incide la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Se

(46) En los términos que luego veremos.

(47) Aparte las obras generales, entre lo reciente es de interés por las referencias que contiene y su conexión con la vigente Constitución, J. L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER, cit.

(48) Sobre el tema de la naturaleza de las cajas, S. MARTÍN RETORTILLO, 364 v sgs; también F. MUÑOZ LAGOS, cit., 36 y sgs.

(49) Sobre el tema, S. MARTÍN RETORTILLO, 321 y sgs.

(50) En este punto, S. MARTÍN RETORTILLO, 358 y sgs v 394.

(51) Así, las referencias que hago en «R.C.D.I.», 528, 1053 y sgs.

advierte el interesante círculo que presupone que si se trata el tema (de la constitución de las Cajas) de una concesión habría relación especial y, consiguientemente, potestad reglamentaria independiente, pero que si precisamente se puede decir que la autorización de apertura no es una simple licencia en cuanto tal licencia en sentido tradicional, aunque no se pueda llegar a hablar de concesión, ello es precisamente por el intervencionismo que se produce al y después de otorgar el correspondiente visto bueno. El tema sigue radicando en dónde está la justificación de esa intervención. Y ya que no basta con decir que los poderes públicos deben intervenir en tanto en cuanto así lo exija el correspondiente interés social (público), porque tal intervención deberá articularse formalmente, y tal articulación puede significar que deban hacer las correspondientes habilitaciones legales. Y ya que no basta constatar la competencia que corresponde al Gobierno y al Ministro, hoy de Economía, en base a la Ley general presupuestaria, por ejemplo, porque con ello no se está estableciendo la posibilidad de reglamentar independientemente, es evidente la necesidad de procurar «enganchar» el Decreto sobre las Cajas de Ahorro, en la legalidad propiamente dicha, aunque sea brevemente.

4. *Enganche del Decreto de 27 de agosto de 1977 a la legalidad superior*

Si se vuelven a leer los considerandos tercero y cuarto de la sentencia objeto del comentario, se advierte la referencia a la L.O.C.B., al Decreto-ley I.C.C.A. y a los Decretos de 1964 (de aspecto fundamentalmente operativo) y de 1975 (el aspecto aquí es organizativo).

Efectivamente, como quiere resaltar la sentencia, la L.O.C.B. supone el enfoque de la regulación de las Cajas desde una perspectiva fundamentalmente económica (preámbulo a que alude), estableciendo las directrices a que se debían ajustar las disposiciones que se dictasen en materia de Cajas, y debe señalarse concretamente la de que..

«las Cajas (jellas¹) serán reorganizadas en cuanto al superior órgano de control».

Alude la sentencia al Decreto-ley I.C.C.A., Decreto éste en el que se contiene no sólo una regulación del Instituto (52), sino (primeros artículos fundamentalmente) una determinada regulación de las mismas Cajas en forma indirecta, siendo de puntualizar que no expresamente en materia estrictamente orgánica, sino más bien operativa. También se refiere la sentencia a los Decretos de 1964 y 1975, para explicar que el de 1977 ha venido a sustituir (53) e insertarse en la misma línea que aquéllas estaban empezando a recorrer. Una serie de puntualizaciones en relación con lo dicho. En primer lugar, debe resaltarse cómo la L.O.C.B., que es una Ley de Bases, es desarrollada no mediante Decretos legislativos, sino por medio de Decretos-leyes, uno de los cuales es el relativo al I.C.C.A., lo que plantea una serie de sugestivas consideraciones al plantearse el tema de la *conexión* entre los Decretos y la Ley de Bases. El tema está en su inde-

(52) Que como es sabido, desaparece con la Ley de Crédito Oficial, pasando sus funciones a ser asumidas por el Banco de España.

(53) Por lo que se refiere al Decreto de 1964, parcialmente, como se dijo antes. Nota 42

pendencia de la delegación, que viene a significar la posibilidad de que el Decreto-ley derogue la L.O.C.B. (54).

Por otro lado, el valor exclusivamente reglamentario de los Decretos parece evidente en tanto que no hubo delegación en este punto concreto. Recuérdese lo que recoge la sentencia: en relación con la L.O.C.B. prevé que su desarrollo sea mediante las normas del rango procedente (lo que significaría, en principio, los correspondientes Decretos legislativos, que luego por simple *remisión* o sin ella expresa se completaría por vía reglamentaria estricta). Y en relación con el Decreto-ley I.C.C.A., que la remisión se hace al Ministro sin carácter recepticio (es decir, no dando voltaje legal; ¿sería posible mediante un Decreto-ley?), y constituyendo simplemente una posibilidad para dicho Ministro, que en otro caso no tendría en tanto en cuanto tal desarrollo debería corresponder al Gobierno (55).

En base a lo que llevamos dicho podemos preguntar qué sea lo que realmente sucede. Pues bien, parece que el Gobierno, en cuanto detentador de la competencia para ejercitar la potestad reglamentaria de la Administración, la ha ejercitado basándose precisamente en el enganche que le proporcionen las disposiciones vistas. No se trata de una reglamentación independiente, como veíamos con anterioridad, sino de concretar previsiones legales que fundamentan el Reglamento dictado.

Más concretamente cabría plantear si efectivamente puede en este caso hablarse de ejecución de la Ley (56) (en sentido amplio), ya que para nada se habla de organización o reestructuración concreta en materia de Cajas individualmente consideradas.

Esto fundamentalmente en relación con el Decreto-ley y en el aspecto organizativo estricto, porque en el operativo, el fundamento parece evidente y, además, presuponiendo que el paso de las bases al Reglamento debe hacerse a través de normas con fuerza de ley. Si, por el contrario, se considera que la L.O.C.B. es base suficiente para justificar normas de carácter reglamentario (interpretando su naturaleza, en cuanto de bases, en un determinado sentido, teniendo en cuenta su artículo 2.º, que habla de normas del rango procedente), podría en el tema organizativo encontrarse el enganche precisado en la ambigua base 5.ª, que habla de «reestructurar las Cajas», como antes veíamos.

Cuál haya sido la posición del Supremo en relación con toda la problemática antes resumida es difícil de percibir. Debe empezarse recogiendo la afirmación del tercer considerando, en la que se dice que los Decretos de 1964 y 1975, citados, se dictaron:

«en evidente desenvolvimiento de los principios contenidos en la Ley (O.C.B.) y Decreto-ley (I.C.C.A.)».

Y dado que en la línea se inserta el de 1977, la justificación de éste está precisamente en «desenvolver principios legales» (principios sin discriminar de la L.O.C.B. y del Decreto-ley I.C.C.A.).

Pues bien, si, como veíamos en materia organizativa, es difícil advertir una expresa referencia en el Decreto-ley, parece que en este sentido la re-

(54) S. MARTÍN RETORTILLO, 119.

(55) E. GARCÍA DE ENTERRÍA *Legislación delegada*, cit. 155. También MARTÍN RETORTILLO, «RAP», 51, 326 y sigs.

(56) Sobre el tema, S. MUÑOZ MACHADO «RAP», 77. FERNANDO SAINZ MORENO «REDA», 10, 124 y sigs. También M. CLAVERO, «RAP», 62.

ferencia deberá hacerse a la L.O.C.B. O bien, dado que se alude repetidamente a la idea de reforma de sistema financiero, parece que el principio legal precisamente es dicha reforma, constituyendo una habilitación implícita en materia de organización. Poco más puede sacarse en claro de la sentencia.

Por demás resultan evidentes las afirmaciones de que el Decreto no infrinja disposición de superior rango (tema de la jerarquía), porque evidentemente aquí no hay, y el problema no es el negativo de la jerarquía, sino el *positivo* de la materia reglamentaria, la afirmación de que no existe precepto *concreto* que impida al Gobierno llevar a cabo la regulación efectuada, porque al igual que en la afirmación anterior, precepto *concreto* no puede haber. También se afirma que el Gobierno no se ha excedido en sus atribuciones, lo que quiere significar que el Gobierno tiene competencia en la materia. Afirmación esta última que es precisamente la que suscita el problema de justificar porqué.

Queda por puntualizar el significado del paréntesis que se contiene en el cuarto considerando, al decir que el Decreto de 1975, sobre organización, que está en la línea del de 1977, que impugna el Ayuntamiento, sino todo lo contrario. Evidentemente, carece de valor alguno tal afirmación. En modo alguno puede pensarse que el hecho de no impugnar la primera regulación del tema después de la L.O.C.B. deba hacerse pasar al posible interesado por la siguiente. Evidentemente, no se trata de un acto reproducción de otro o confirmativo, sino de un Reglamento, y además bien distinto en cuanto al alcance intervencionista.

5. *La Caja de Ahorros de San Sebastián debe someterse a las mismas normas que las otras Cajas del país*

En el quinto considerando sale el Supremo al paso de la pretensión del Ayuntamiento donostiarra de tener un *status* especial (57). Nunca mejor dicho: un Estatuto especial, y especial en el sentido de no tener que ajustarse a las prescripciones que para el resto de las Cajas se establecen en el Decreto impugnado.

El argumento utilizado es la índole local de la Caja. Quiere decirse que el Decreto deberá aplicarse sólo a las Cajas no locales, las típicamente privadas (o, por lo menos, no provinciales o municipales).

El argumento se cae por su base. La regulación general de las Cajas hace referencia, incluso antes de la L.O.C.B., a todas las Cajas dada la común unión de fines que persiguen.

La cita a la Sentencia de 4 de febrero de 1977 creo que tiene un sentido distinto, dado que lo fundamentalmente debatido era, en relación con la Caja de Alava, si el carácter *local*, en cuanto foral, justificaba la excepción (58). En cualquier caso, si entonces se negó la exclusión, con mayor razón respecto de una Caja no foral, ¡si se permite la expresión!

J. G. S.

(57) Sobre el tema más amplio de la tensión entre autonomía de cada Caja y regulación estatal uniformadora. S. MARTÍN RETORTILLO, 333, 4 7 v sgs. 348

(58) Sobre el tema, Orden de 4 de noviembre de 1949

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS.—LAS NOTIFICACIONES HECHAS EN FORMA DEFECTUOSA ADQUIEREN EFICACIA A PARTIR DE LA DECLARACION DEL INTERESADO DANDOSE POR NOTIFICADO (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1978)

Hechos.—Cierta entidad interpone reclamación contra la liquidación practicada por la Abogacía del Estado, dictándose resolución por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Valencia, declarando sin curso la reclamación formulada, e interpuesto recurso de alzada contra esta resolución, se dictó otra por el Tribunal Central, desestimándolo por extemporáneo.

Recurriendo posteriormente al contencioso-administrativo, la Sala de Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valencia estima la reclamación, decretando la retroacción del expediente seguido ante el Tribunal Provincial al trámite de admisión, a fin de que se continuase y decida con arreglo a la ley, toda vez que si bien es cierto que la resolución del Tribunal Provincial aparece notificada, según el reverso de la tarjeta de acuse de recibo, el 10 de marzo de 1975, no lo es menos que dicha notificación adolece del defecto de no reseñar en ella la persona con quien se entiende ni tampoco la relación que tuviera con el destinatario de la misma, tal y como debía haberse hecho de acuerdo con la literalidad del propio impreso y con lo prevenido en el artículo 91 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, en relación con el artículo 80 de la Ley de Procedimiento; y al ser así y merecer la meritoria notificación el concepto de defectuosa, sólo cabrá reconocerle eficacia a partir de la manifestación del interesado dándose por notificado, circunstancia por la que debe entenderse que la reclamación fue interpuesta en plazo reglamentario.

El mismo criterio viene a mantener el Tribunal Supremo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que si se tiene en cuenta: 1.º, que en el artículo 2, número 5, de la Orden de 20 de octubre de 1958, «Procedimiento administrativo en Correos», se expresa: «que de no hacerse la entrega al propio destinatario, se hará constar en la 'libreta de entrega' la 'condición de firmante' de quien reciba el certificado», requisito *sine qua non*—así mismo exigido por el artículo 80, 2, de la Ley de Procedimiento Adminis-

trativo—que brilla por su ausencia en el presente caso; 2.º, que por las razones expuestas en el considerando primero de la sentencia apelada, sólo cabe reconocer eficacia a la notificación defectuosa a que el mismo se refiere, a partir de la manifestación del interesado dándose por notificado, que es, a saber, desde el 11 de marzo de 1975; 3.º, que comenzando el cómputo de los quince días reglamentariamente señalados y para la interposición del recurso de alzada, el siguiente miércoles 12 de marzo, dicho plazo terminó—descontando como inhábiles tres domingos, San José y Viernes Santo—el lunes 31 de marzo de 1975, por lo que indudablemente el referido recurso deducido este mismo día se interpuso en tiempo; 4.º, que el artículo 90 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, asimismo dispone que en las notificaciones efectuadas en las oficinas del órgano que haya dictado el acto correspondiente, si el interesado o su representante comparecieron en dichas oficinas, se practicará la diligencia *mediante la entrega al compareciente de copia literal autorizada del acto de que se trata*, lo que tampoco se ha realizado en el presente caso, y 5.º, que el poder acreditativo de la personalidad lo tenía otorgado el reclamante desde el 24 de septiembre de 1974, y como la reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial se presentó el 13 de diciembre del mismo año, debe en buena lógica entenderse que el poder de referencia hubiera sido presentado en tiempo y forma en el mencionado Tribunal de haberse entregado al aludido compareciente la copia de la providencia de requerimiento, como reglamentariamente se dispone; claro es que por todo ello, consecuentemente, procede la confirmación de la sentencia apelada, sin que sea de estimar temeridad ni mala fe al efecto de una especial imposición de costas.

PRESCRIPCION DE LA ACCION ADMINISTRATIVA PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO.—PROCEDENCIA DE LA MISMA CUANDO DESPUES DE OTORGARSE CON FECHA 22 DE ENERO DE 1965 UNA EXENCION PROVISIONAL DEL ACTO DE ADQUISICION A TITULO ONEROSO DE TERRENOS DESTINADOS A LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL, EL 11 DE JULIO DE 1974 VOLVIO A TENER ENTRADA EN LA OFICINA LIQUIDADORA LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA EL 29 DE ENERO DE 1964, POR HABERSE DESISTIDO, AL PARECER, DE LA CONSTRUCCION DE LAS CITADAS VIVIENDAS, SIN QUE SE APRECIE INTERRUPCION EN EL PLAZO PRESCRIPTIVO (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1978)

Hechos.—La cuestión básica planteada, al haber transcurrido los cinco años a que se refiere el artículo 64 de la Ley General Tributaria, es la de si debe operar la causa de interrupción de la prescripción atendiendo al hecho fundamental de que el recurrente en 15 de junio de 1968, en escrito dirigido al Ministerio de la Vivienda, instaba la subvención correspondiente, lo cual significaba, a juicio de la Administración, que hasta entonces no podía estimarse que se había producido desistimiento de la sociedad recurrente, y como el artículo 66 de la Ley General Tributaria establece que los plazos de prescripción se interrumpen por cualquier acción administrativa, al estar admitida la unidad de la Administración ha de entenderse que el plazo de tres años de vigencia de la exención provisional debe compu-

tarse a partir de aquel momento y, en consecuencia, una vez que hayan transcurrido nuevamente los tres años ha de iniciarse el cómputo de los cinco, a que se refiere el artículo 64 de la Ley General Tributaria, debiendo, por tanto, concluirse que el plazo expiraría el 15 de junio de 1976, por cuya razón—sigue entendiendo la Administración—han de entenderse correctamente practicadas las liquidaciones que se impugnan.

Este criterio, que es el del Tribunal Provincial y Central, no lo comparten ni la Audiencia Territorial de Barcelona ni el Tribunal Supremo, toda vez que, a juicio de la citada Audiencia, no basta, al amparo del apartado a) del artículo 66 de la Ley General Tributaria, el ejercicio de cualquier acción ante la Administración, sino que debe estar matizada por unas finalidades como las indicadas en el citado precepto, y que si faltaren no sería obstáculo para que se produjeran los efectos interruptivos que se pretenden y, por tanto, si la actuación ante el Ministerio de la Vivienda no fue conducente a los propósitos enunciados en el citado precepto, ha de entenderse que la interrupción del plazo de prescripción no se ha producido, y a la misma conclusión se llegaría de contemplarse el supuesto del apartado c) del artículo 66, relativo a cualquier actuación del sujeto pasivo conducente al pago o liquidación de la deuda.

Este criterio de la Audiencia lo sostiene el Tribunal Supremo, que además sienta la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la decisión estimativa contenida en la sentencia que se recurre tiene, además, el apoyo de las Sentencias de esta Sala de 5 de octubre de 1972, 23 de octubre de 1976 y 9 de diciembre de 1964, que declaran en relación con el tema: *las dos primeras*, que la exención de litis se pierde por el transcurso de los tres años, que se establecen en el artículo 65, I, 28, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales—es decir, los que comienzan a contarse a partir del «reconocimiento de la exención»—, sin que se obtenga la calificación provisional, y la *tercera*, «que el mencionado precepto se fundamenta en el criterio legal de estimular la construcción de viviendas mediante la concesión de beneficios fiscales; pero si los mismos se otorgan apriorísticamente con carácter provisional, dando toda clase de facilidades, a esos efectos es indudable, a reserva de que se acredite de manera fehaciente el cumplimiento de los requisitos legales en orden a plazos, y por eso precisamente se pierden los citados beneficios en los casos en que por ‘cualquier causa’ no tuviera lugar la realización del proyecto»; y como esto sentado, no es posible admitir esa «nueva apertura» del plazo de tres años que determinada, por efecto del escrito de 15 de junio de 1968, se pretende extraer por la parte apelante, piénsese que bastaría repetir cuantas veces se quisiera actuaciones como ésta para dilatar indefinidamente el pago del impuesto, lo que chocaría frontalmente con el buen sentido, además de con lo establecido en la norma y en la doctrina jurisprudencial de referencia. Claro es que por los expresados fundamentos y por lo que concretamente se dice en el considerando cuarto de la sentencia apelada, se hace preciso admitir que la prescripción invocada ha surtido sus efectos en el presente pleito.

ANOTACIONES PREVENTIVAS. SUSPENSION DE PAGOS.—LA ANOTACION DEL AUTO DECLARATIVO DEL ESTADO DE SUSPENSION DE PAGOS, AL TENER LA MISMA CONFIGURACION QUE LAS DE INCAPACIDAD, «NO TIENE POR OBJETO UN INTERES VALUABLE SUSCEPTIBLE DE SER DETERMINADO», Y POR ELLO DEBE CONSIDERARSE COMPRENDIDA EN LA EXENCION QUE PARA EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS PREVENE EL NUMERO 12 DEL ARTICULO 101 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1978).

Hechos.—El problema planteado en el recurso de apelación interpuesto consiste en determinar—a efectos de lo dispuesto en el número 12 del artículo 101 del Texto Refundido, promulgado por Decreto de 6 de abril de 1967: «Están exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las anotaciones preventivas cuando no tengan por objeto un derecho o interés valuable susceptible de ser determinado y las que se practiquen de oficio en virtud de un precepto legal expreso que así lo ordene»—, *primero*: si las anotaciones preventivas del auto de declaración del estado de suspensión de pagos «se practica de oficio», «sin que tenga por objeto un interés valuable susceptible de ser determinado», según por el demandante se postula; *segundo*: si, como la Administración mantiene, «no se practica de oficio» y «tiene, además, por objeto un interés valuable susceptible de ser determinado», y *tercero*: si en realidad de verdad «ni se practica de oficio», «ni publica un interés valuable susceptible de ser determinado», por lo que procede reconocerla exenta del referido impuesto.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial y en contra del criterio mantenido por los Tribunales Provincial y Central, se muestra partidario de aplicar la exención referida, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que entre los conceptos del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que completan el área del Impuesto de Transmisiones figuran las anotaciones preventivas, concepto extraído del apartado 1 del artículo 17 del Reglamento de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, produciéndose en muchos aspectos una nueva regulación de dichas anotaciones, cuyas fuentes de aplicación son los artículos correspondientes del Texto Refundido, promulgado por Decreto de 6 de abril de 1967, que sustituye a los equivalentes de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964.

Considerando que el Texto Refundido delimita el hecho imponible en su artículo 100, 1 y 2, el número 1 lo delimita positivamente al decir: «están sujetas las anotaciones preventivas que se practican en los Registros públicos», y el número 2, negativamente, el expresar: «no estarán sujetos al impuesto por este título los actos a que se refiere el artículo anterior, cuando lo estén por los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, sobre el Tráfico de las Empresas o por los títulos 1.º y 2.º de este libro, aunque gocen de exención».

Considerando que en la legislación vigente, la delimitación del hecho imponible puede realizarse a través de dos elementos: el «título»—en el

sentido material de acto jurídico—y el «asiento registral», cada uno de cuyos elementos influye en la delimitación, pero con una función diferente, pues mientras la del asiento registral—formalización de un acto en un libro del Registro, por medio de la anotación preventiva—es delimitar *positivamente* el hecho imponible—y así lo hace el Texto Refundido en el número 1.º del citado artículo 100—, la «del acto jurídico» que le sirve de base es únicamente dar a conocer la «clase» en que consiste para así contribuir a la delimitación *negativa* del hecho imponible.

Considerando que hechas estas precisiones, no puede ser acogido el alegato de que la anotación del auto declaratorio del estado de suspensión de pagos «se practique de oficio», pues si lo que importa aquí: 1) es hacer una delimitación «positiva» de la «exención»—no una delimitación «negativa» del «hecho imponible»—; 2) si a lo que hay que atender, en consecuencia, para efectuarla es al «asiento registral»—y no al «título»—; 3) si la letra de la norma es clara—anotaciones «que se practiquen de oficio» y no anotaciones que se «dicten» de oficio—, y 4) si la intención del legislador fiscal está tan clara como la letra, al abandonar la vieja fórmula del artículo 17 del Reglamento de Derechos Reales—«las anotaciones que hayan de practicarse»—para componer la nueva—«que se practiquen de oficio»—, no cabe duda que el Registrador que así actúa—el Registrador «que practica» la anotación, requerida por el Juez, mediante el correspondiente mandamiento—lo que verdaderamente extiende es su asiento «ordenado» de anotación preventiva, y *no una anotación de oficio*, porque la «anotación de oficio», como se sabe, no es otra cosa que la que debe tomar el Registrador por sí y sin necesidad de solicitud o instancia de los interesados *o de mandamiento de Juez* o Autoridad—en los casos prevenidos por la ley, entre ellos los de los artículos 171 de la Ley Hipotecaria y 161, 164, 426 y 481 de su Reglamento.

Considerando que ya en la otra vertiente de la cuestión—si la anotación del auto declarativo del estado de suspensión de pagos tiene por objeto publicar «un interés valuable» susceptible de ser determinado—se hace preciso recordar: A) que el Reglamento Hipotecario de 1947 dispone en su artículo 142, bajo el epígrafe general de *las anotaciones preventivas de incapacidad*, que «también procederá la anotación preventiva, de que trata el número 5.º del artículo 42 de la ley, en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra»; B) que esto supone dar definitivamente a estas anotaciones *la configuración de las de incapacidad*, que venía predicándose por la doctrina desde la aparición de la Ley Hipotecaria, y C) que dichas anotaciones—las de incapacidad—están exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, conforme al citado artículo 101, 12, del Texto Refundido, porque no sólo no es valuable en ellas el objeto de la «anotación», sino que tampoco puede determinarse el objeto mismo de la acción, que es obtener la incapacidad o la limitación de las facultades dispositivas de una persona, y siendo ello así está claro que la anotación discutida «no tiene por objeto un interés valuable susceptible de ser determinado»—aunque en el fondo de una quiebra, concurso o suspensión se oiga el latido de intereses económicos valubles, y aunque esos intereses, que constituyen el «objeto» de la *acción*, no de la *anotación*, pueden y deben ser cuantificados—, ya que lo contrario significaría olvidar que el asiento en cuestión está registralmente encuadrado en el marco general de las anotaciones de incapacidad, precisamente por estar técnicamente concebido como instru-

mento de «mera publicidad» de una especial situación de signo negativo: *la capacidad, no en plenitud, sino limitada, del deudor*, en cuanto necesitado de unos controles complementarios de esa capacidad suya para ciertos actos decisivos.

Considerando que en méritos de estos fundamentos, consecuentemente, procede declarar exenta del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados la anotación de litis, igual que ya se hizo por este Alto Tribunal en su Sentencia de 14 de febrero de 1935—aunque lógicamente por otros fundamentos dada su fecha—, con la consiguiente confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

C. M. A.

LIBROS

BALBINO FILHO, NICOLAU: *Registro de imóveis. Doutrina, Prática, Jurisprudência*. 3.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1976, 412 y LX págs.

La obra es una puesta al día de la Ley brasileña número 6.015, de 1973, según fue objeto de comentario por el autor de la primera edición. La actualización está determinada por las modificaciones introducidas por las Leyes números 6.140 y 6.216, de 1974 y 1975, respectivamente. En cuanto actualización que es, el texto sigue la pauta marcada en la primera y segunda ediciones, es decir, comentarios y notas que se insertan aprovechando la sistemática indicada por la propia norma jurídica. El autor aprovecha los acápites legales, aportando en cada uno los comentarios pertinentes, en los cuales se vuelcan, cuando es procedente, opiniones de la doctrina; inmediatamente se acompañan, bajo el epígrafe de «práctica», algunos modelos correspondientes al capítulo, que se cierra en cada caso con un abundamiento jurisprudencial. En todo caso en que resulta procedente, se inserta una nota de referencia a los preceptos legales vigentes.

El método autoriza al autor a insertar una generosa cantidad de modelos, en exceso de 120, con lo cual la imagen del lector se completa en todos los aspectos: se le centra en el tema objeto de estudio, se le enriquece con los criterios doctrinales y jurisprudenciales pertinentes, para culminar con el modelo, permitiendo así una exacta apreciación normativa.

Un índice temático sumamente completo, que facilita el manejo del libro, y un apéndice con el texto de la Ley número 6.015, de 1973, y las enmiendas sufridas, aparte de una amplia bibliografía brasileña, cuadran el esfuerzo de BALBINO FILHO.

Puede, pues, comprenderse fácilmente la intención del autor: proveer al lector de un instrumento bien pensado para facilitar el trabajo cotidiano sobre aspectos del tema objeto de estudio; finalidad que se logra completamente, a lo que coadyuva la experiencia del autor, titular de Oficios de Justiça y miembro del *Instituto de Registro Imobiliário* del Brasil.

La impresión es cómoda para el lector, y la encuadernación, aunque en rústica, soporta bien el destino para el que está pensado el libro: ser usado de modo reiterado.

E. VÁZQUEZ BOTE

BALBINO FILHO, NICOLAU: *Registro de Títulos e Documentos. Doutrina, Legislação, Prática*. XXX, 1.^a ed., Atlas, São Paulo, Brasil, 1977, 310 páginas.

Como el título expresa meridianamente, en esta ocasión, el compañero BALBINO completa el esfuerzo iniciado con la obra inmediatamente antes

reseñada, afrontando el estudio de la registración de contratos. A tales efectos, luego de un bosquejo acerca de la prueba documental, entra de pléno en el marco expositivo del documento, señalando sus características generales, su fuerza probatoria, derivable del artículo 135 y concordantes del Código Civil de Brasil, y el efecto de la registración de aquél en el momento de su protocolización; ello permite al autor analizar la responsabilidad que se asume por el oficial del registro en el desempeño de su cargo, antes de pasar a analizar detalladamente diversas modalidades de contratos documentados.

Un método uniforme, el enfoque bipolar doctrina-práctica, sumamente claro en su sistemática interna, hace que el jurista BALBINO FILHO nos ilustre acerca de las figuras de prenda, garantía de títulos de crédito, aparcería agrícola, fianza, arrendamiento, prestación de servicios, compraventa con pacto de reserva, compraventa condicional, finalizando con la tramitación de la registración, así como con el valor de las certificaciones registrales.

Con inserción sistemática en la página correspondiente al tema que se trata, incluye el autor una enorme variedad de modelos relativos a los títulos objeto de estudio. El esfuerzo se culmina con la inserción de la legislación, abundante y variada, vigente en Brasil al respecto. También en esta ocasión, el autor nos ofrece un excelente índice sistemático y conceptual, que facilita enormemente el manejo de la obra.

Apoyándose en citas doctrinales de los autores de su país, manifiesta el profesor BALBINO un excelente dominio de la materia y gran facilidad de expresión, al tiempo que rigor técnico jurídico.

E. VÁZQUEZ BOTE

CAZORLA PRIETO, LUIS MARÍA: *El secreto bancario*. Instituto de Estudios Fiscales, 1978.

El autor del libro, fraternal y ya viejo amigo, a pesar de nuestras juventudes, me pide que le haga la recensión de su libro. Muchas y mejores plumas hay para realizar este cometido, pero el sentimentalismo ha triunfado en esta ocasión.

La obra se enmarca dentro de los temas de más rabiosa actualidad. Aún están vivas las largas filas en las Delegaciones de Hacienda en petición de información, a consecuencia de las recientes medidas fiscales, una de las cuales es objeto de tratamiento en este libro, cuando me enfrento a la lectura del mismo, demorada un tanto por ese cúmulo de trabajo que casi todos tenemos (es el tributo del jurista actual ante esta complicada vida y esta generosidad legislativa), pero la aplicación del *prior tempore potior iure* ha hecho que comience la recensión.

La obra principia con un prólogo del Ministro de Hacienda, Francisco Fernández Ordóñez, uno de los artífices de estas nuevas medidas fiscales. En él se manifiesta que se restablece la situación legal anterior a la Ley de 16 de diciembre de 1940. Más que una revolución es, pues, una regresión, a pesar de su progresismo.

El libro se estructura en tres capítulos. El primero de ellos relativo al

estudio del secreto bancario en general; el segundo referente al secreto en relación con la Administración fiscal, para ultimar con un capítulo en el que se examina la reserva bancaria en el contexto de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 y legislación complementaria.

CAPITULO I

Comienza llamando la atención sobre las dos esferas que inciden en el tema. Por un lado, un aspecto jurídico-privado derivado de la relación Banco-cliente y, por otro lado, una vertiente jurídico-pública en donde se manifiesta el interés de la Administración, en este caso la tributaria, en atención a su deseo de conocer la situación económica de los administrados para una mejor, más justa y «personalizada» exacción fiscal. Esta doble esfera de intereses y de disciplinas provocan a veces también una dualidad de posiciones previas por los especialistas del campo del Derecho privado y del Derecho público.

El avance inexorable del campo público sobre el privado es un hecho, lo que en este tema es de gran importancia dadas las ventajas que tiene una Administración tributaria cuando se clarea la capacidad económica del contribuyente (es innecesario decir que el levantamiento del secreto bancario es un punto interesante en este aspecto, especialmente en los tiempos actuales, en los que la presencia de los Bancos en la vida económica es continua).

Uno de los inconvenientes del levantamiento de la reserva bancaria es la conexión con la fuga de capitales, pero éste es un tema que debe remediarse no mediante el secreto, sino a través de una coordinación internacional sobre la materia.

Planteada esta idea, el autor se dedica al estudio del secreto bancario en su perspectiva general y comienza con un estudio histórico, en donde se pone de relieve el enlace del tema con los templos antiguos. Esa ligazón entre la economía y la religión va a estar presidida por la discreción y el secreto. Ideas que van a prolongarse hasta los tiempos modernos.

La dilatación temporal del secreto hace pensar en una justificación seria de la institución. El autor se ocupa, y bastante extensamente, a desbrozar este camino con la previa advertencia de la dificultad por la variedad de aspectos de enfoque (lo que incluso ha hecho tirar la toalla a algún autor en la búsqueda de un fundamento unitario). Se ha intentado una justificación económica (como instrumento de defensa del capital, con la consecuencia de creación de clima favorable al mismo, lo que a nivel internacional se conecta con el tema de la fuga de capitales); una justificación político-filosófica (como exponente o reflejo de una concepción liberal); una justificación psicológica (dada la organización político social predominante hoy en día es más normal que los poseedores de capital adopten una postura de reserva en relación a su cuantía). Finalmente, se ocupa del fundamento jurídico del secreto bancario una vez rechazado como único fundamento el de la Moral. Sin embargo, este apoyo jurídico se ha pretendido a través de diversas concepciones: unos lo fundamentan en el uso; otros como deber contractual; otros en el secreto profesional; en la responsabilidad extracontractual; en una obligación jurídica consagrada en una norma escrita. Por esta última justificación se inclina el autor, en relación al Derecho español, después de proclamar la relatividad del funda-

mento jurídico del secreto bancario dependiente de los plurales ordenamientos jurídicos.

Finaliza el capítulo señalando que el bien jurídico protegido por el secreto bancario es un interés fundamentalmente privado por su objeto y por las partes interesadas, frente al cual se alza con frecuencia el eminentemente público de la búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional, en el que, y en relación a España, hay que decir que el secreto se levanta ante la instancia jurisdiccional.

CAPITULO II

El tema del secreto va vinculado a las concepciones políticas del tiempo. Ello ha supuesto que el paso de un Estado liberal a un Estado intervencionista, y después a uno planificador, haya motivado que el avance de la derogación del secreto bancario haya sido generalizado.

El Estado hoy necesita, y cada vez más, recursos con los que hacer frente a sus obligaciones, que debe obtener a través, fundamentalmente, del sistema tributario.

Pero a la vez, cada día es más premiosa la necesidad de un sistema fiscal justo y equitativo, y para ello es necesario fortalecer el régimen tributario y remover los obstáculos que entorpezcan su aplicación, así como dar primacía a los impuestos personales y generales. Innecesario es advertir la importancia que en este contexto tiene el levantamiento del secreto bancario. Pero además su establecimiento ha contado con otro apoyo: la coparticipación de las distintas clases políticas que hoy se da en los órganos decisorios.

El autor entiende que el levantamiento del secreto bancario frente a la Administración fiscal no supone una excepción, que llevaría a una interpretación restrictiva, sino la delimitación de los contornos naturales del secreto bancario.

A continuación realiza una excursión jurídica por diversos ordenamientos: República Federal Alemana, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Suiza, Lfbano (estos dos últimos, los más aferrados al sigilo), Gran Bretaña, Argentina y, finalmente, el régimen español con anterioridad a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977. Señala que el planteamiento expreso del tema tuvo lugar en la Ley de Reforma Tributaria de Larraz de 16 de diciembre de 1940, en la que se consagra el secreto bancario. Lo que sucede, según el autor, es que la ley sólo se refería a las cuentas corrientes a la vista y en el contexto de la contribución sobre la renta, no en el ámbito de los demás impuestos. No obstante, una legislación posterior va a ensanchar el campo de actuación del secreto, con alguna excepción, especialmente en el campo del Impuesto de Derechos Reales. Así, el Decreto de 28 de marzo de 1941, la Orden Circular del Ministerio de Hacienda de 17 de abril de 1941, la Orden de 16 de febrero de 1942, la Orden de 16 de febrero de 1951, la Ley de 20 de diciembre de 1952, la Ley de 26 de diciembre de 1957, la Ley del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 21 de marzo de 1958, la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y los Textos Refundidos y, finalmente, el Decreto-ley de 7 de abril de 1975. Paradójicamente, muchas de estas disposiciones se promul-

garon con el fin de aclarar la situación, y en realidad su producto fue un estado de cosas ambiguo y confuso.

CAPITULO III

Nada más terminadas las elecciones del 15 de junio de 1977 empezaron las declaraciones a nivel gubernamental en el sentido de dar paso al levantamiento del secreto bancario, que cristalizaron en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 14 de noviembre de 1977. El autor, desde su privilegiada posición de Letrado de las Cortes, hace un recorrido por las etapas que se sucedieron hasta ver la luz en el *Boletín Oficial del Estado*.

El levantamiento del secreto se ha situado en el contexto de las obligaciones de colaboración con la Administración tributaria de un tercero, y la determinación de los sujetos afectos a este deber de colaboración se hace con carácter amplio. Con el mismo carácter deben entenderse las operaciones sujetas a esta revelación, a pesar de alguna terminología concretándolas sólo a cuentas corrientes y depósitos. Incluso, según el autor, quedan afectadas por la medida las cajas de seguridad. Para evitar algún probable obstáculo, la ley remueve el posible del artículo 111, apartado 2, párrafos b) y c), de la Ley General Tributaria, el del artículo 49 del Código de Comercio y, por si quedara alguna duda, dadas las vacilaciones en el tema, el derivado de cualquier otra disposición.

El levantamiento del secreto bancario tiene gran importancia, especialmente en esta nueva etapa en que se pretende crear un clima de sinceridad fiscal. Pero para evitar una situación pendular se establecen unas garantías que se instrumentan dentro de un procedimiento. Este comienza con la existencia de una autorización, que debe proceder de unas determinadas Autoridades, y contra la que no se puede recurrir dado su carácter de acto de trámite; la autorización, que debe ser solicitada por la Inspección, debe concederse o denegarse en el plazo de quince días. En el primer caso deben precisarse las cuentas u operaciones que han de ser investigadas, los sujetos pasivos afectados, la fecha a partir de la cual la actuación debe practicarse y el alcance de la investigación. En caso de que la autorización se haya concedido sin cumplir el procedimiento determina la anulabilidad del acto definitivo.

Superada esta fase, la investigación se lleva a cabo a través de una certificación de la persona de que se trate o bien mediante la personación de la Inspección en las oficinas de la empresa obligada a dar la información. Los datos que se obtengan sólo deben ser utilizados a los fines tributarios y delictuales, y salvo estos casos, quedan amparados por el secreto profesional de los funcionarios.

Juntamente con este deber de colaboración se establece otro previo consistente en la obligación de enviar por parte de las personas y entidades afectas a este deber los números de las cuentas activas y pasivas y de los depósitos de valores mobiliarios de sus clientes, con indicación de los datos identificativos de sus respectivos titulares. De este modo, la Administración puede formarse juicio de aquellos sobre los que merece la pena comenzar el procedimiento de investigación.

En relación al tema, muy discutido, de la retroactividad o no de la medida, el autor recoge las distintas posiciones que hubo en las discusiones

parlamentarias. También alude a la extrañeza que le produce que no haya ninguna alusión de este problema en relación con las Haciendas locales; no obstante, cree que el levantamiento del secreto también juega en esta esfera.

Finaliza el autor señalando el gran futuro que tiene esta medida e incluso dice que es «uno de los elementos de la infraestructura de la auténtica reforma tributaria».

Después que el Ministro de Hacienda, Fernández Ordóñez, califique a esta obra de excelente e importante aportación a la literatura financiera española poco queda por decir en su favor. Por ello me limitaré a decir que estamos ante un trabajo de rabiosa actualidad realizado por un joven autor, que junto a su ventaja de asistir a la gestación de los trabajos legislativos, se une su amplia formación jurídica y extrajurídica, que se evidencia a lo largo del libro.

ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO

Notario excedente

Registrador de la Propiedad

CAPSTICK, MARGARET: *La economía de la agricultura*. Fondo de Cultura Económica, 1.^a edición en español, México, 1977, un tomo de 190 páginas.

Los medios de que el hombre se sirve para satisfacer sus necesidades dependen de la organización social en que vive, de los recursos naturales existentes donde habita y de los conocimientos técnicos a su alcance.

Nada descubrimos al decir que en la actualidad el estudio de la economía está adquiriendo cada vez mayor importancia a escala mundial por las conocidas circunstancias de crisis y depresión, todo lo cual origina una atención creciente y una inevitable intervención de los gobiernos en la vida económica.

En la economía, que supone el estudio de relaciones humanas, pasar de la hipótesis a la tesis no es tarea fácil ni siempre se pueden sentar consecuencias válidas. No cabe pretender que cualquier estudioso cultivador de la economía esté en condiciones de dar respuestas definitivas a todas las cuestiones. Sobre muchos problemas puede haber acuerdo entre los economistas, pero otros están sin resolver o se explican bajo soluciones totalmente contradictorias. Pero tampoco cabe negar que incluso los temas no resueltos podrán ser mejor enfocados por quienes tienen un conocimiento suficiente de los principios económicos. Por eso, en los tiempos modernos, todos estamos más o menos interesados en la economía.

Entre estas cuestiones, la principal preocupación es desarrollar y alentar las actividades que promuevan el más alto nivel de vida posible; pero aún es más importante, en esta época de crisis generalizada, proteger y salvaguardar el nivel alcanzado contra serios retrocesos.

Esto último puede tener su mayor incidencia en el sector rural, siempre deprimido por definición, si además se tienen en cuenta algunos factores actuales que influyen en él decisivamente. Por ejemplo, disminuye el poder adquisitivo de sus ya reducidos ingresos en cuanto que el precio de los

artículos que los agricultores tienen que comprar suben mucho más aprisa que los de los productos agrícolas que ellos venden, prácticamente congelados. Además, esto se agrava porque hay ciertos gastos que también se superan día a día: mano de obra, impuestos, intereses de las deudas, seguridad social, precios de los transportes y tantos otros.

Por referirse concretamente a la economía de la agricultura llama la atención este libro, cuya autora, MARGARET CAPSTICK, de formación académica, muestra además sus experiencias en el trabajo de una granja. Así puede combinar los variados factores (humanos, clima, animales) de la vida agrícola, casi siempre inseguros, con los esquemas teóricos del análisis económico. Estudiando las cuestiones agrícolas a nivel de Europa occidental y América del Norte, llega a la conclusión de que la agricultura es la actividad económica fundamental de la mayor parte de la humanidad, siendo su importancia verdaderamente central y decisiva como productora de riqueza para la vida social.

La agricultura es la ocupación básica de la especie humana. La Organización de la Alimentación y Agricultura de las Naciones Unidas (F. A. O.) estima que en todo el mundo más del 50 por 100 de la población se ocupa de la agricultura o depende de ella para vivir. A su vez, la mayoría de los agricultores del mundo son campesinos, y en el conjunto de países de África, Asia, América latina y sudeste de Europa, también la gran mayoría de los predios son explotaciones pequeñas que generan un ingreso muy bajo para sus titulares; se utilizan pocos instrumentos mecánicos de cultivo, se emplea fertilizante animal y sólo existe la mano de obra del propio agricultor. De ahí que el término «campesino» ha adquirido una connotación peyorativa injustificada; la agricultura en explotaciones a pequeña escala no tiene por qué ser deficiente en el empleo de recursos físicos ni comercialmente insignificante.

En los países desarrollados de Occidente, así como en Nueva Zelanda y Australia, la agricultura está organizada principalmente en unidades familiares: el agricultor toma todas las decisiones, aporta gran parte o la totalidad del capital y ejecuta todo el trabajo normal o una parte sustancial del mismo. El Departamento de Agricultura de los Estados Unidos define las granjas familiares como «un negocio arriesgado en que la familia apearía corre la mayor parte de los riesgos y hace la mayor parte del trabajo», y supone que provienen de ellas el 75 por 100 de la producción agrícola que se envía al mercado. También se crean explotaciones familiares al fragmentarse las grandes haciendas por las reformas agrarias en países como Egipto, Italia y los de América del Sur, no sólo por razones económicas, sino también por considerarse que una clase de pequeños agricultores independientes constituye un elemento estabilizador en el edificio social de un país.

Sin embargo, se nos dice, la granja familiar, como tipo de organización agrícola, tiene algunas desventajas, la principal de las cuales es la dificultad de financiamiento de las adquisiciones de tierras y las operaciones de cultivo, a medida que la agricultura se vuelve más intensiva en capital.

Junto a la explotación familiar se estudian otros tipos posibles de agricultura, siendo dos los más característicos:

El tipo de agricultura de plantación se desarrolló a partir del siglo XVII con el proceso de colonización en países tropicales y subtropicales y se caracterizó por la producción en gran escala de un solo producto: té, café,

algodón, caña de azúcar; el país colonizador aportaba el capital y recibía los beneficios. Esta agricultura de plantación, aun importante en Malasia, no concuerda ya con las aspiraciones políticas de muchos países en desarrollo, donde subsiste y es probable que decline su importancia.

También, nos dice la autora, se ha puesto en duda el futuro de otra forma de agricultura en gran escala, la de las granjas estatales o colectivas bajo la tutela del Estado; establecido este tipo en los años treinta en la URSS mediante la fuerza y el terror, con participantes involuntarios cuyo esfuerzo productivo hubo de estimularse por la continuación de la agricultura privada. Después de la segunda guerra mundial surgieron granjas colectivas en otros Estados de Europa oriental. Su éxito ha sido variable, aunque algunos de sus críticos parecen sostener a veces que la colectivización ha sido responsable hasta de las vicisitudes del tiempo. En algunos países, como Polonia o Yugoslavia, se ha modificado la agricultura colectiva. Desde luego, dice, la experiencia de las granjas colectivas de Israel, los kibutzin y los moshavim, no sugiere que el individualista a ultranza sea el único buen agricultor.

En la segunda parte del libro se estudian los clásicos *factores productivos en la agricultura*, tierra, trabajo y capital y el problema de su relativa importancia, recordando la ley de los rendimientos decrecientes, según la cual si la cantidad de un factor productivo permanece fija, la aplicación al mismo de incrementos sucesivos de los otros factores generará incrementos de la producción progresivamente decrecientes; por esta regla, el agricultor comercial, para evitar derroches improductivos, debe tener en cuenta el equilibrio adecuado de los factores y sólo aumentará el uso de uno de ellos hasta el punto en que ingreso generado por cada incremento unitario sea igual a su coste.

La *tierra* sigue siendo el fundamental factor productivo, ya que es necesaria para la provisión de alimentos al hombre y los animales; por eso pudo hablar David Ricardo de «los poderes originales e indestructibles del suelo» y elaborar la teoría de la renta desde la tierra más pobre que sólo da alimentos de subsistencia, hasta la mejor, que puede generar un excedente. Se estudian en el libro los temas de la localización de la tierra en relación con la densidad de la población y su productividad, según el tamaño de la explotación y las formas de tenencia y uso. Aunque no siempre se puede establecer una correlación segura entre la forma de tenencia y el nivel de la agricultura, a menudo se afirma que el propietario cultivador es el mejor agricultor porque acepta una perspectiva a largo plazo y conserva su tierra y su equipo en mejores condiciones que el arrendatario, especialmente cuando este último no tiene seguridad en la tenencia de la tierra.

La *mano* de obra tiene, como factor productivo, unas características especiales en la agricultura, pues hay una acumulación estacional de la carga de trabajo en época de cosecha y en la siembra y estará subocupada durante gran parte del año, sin que se hayan encontrado soluciones satisfactorias al problema. Es normal que los propios agricultores, con sus esposas, familias y trabajadores contratados constituyan la fuerza de trabajo agrícola en proporciones variables en el tiempo y en el espacio. A medida que se invierte más capital en maquinaria se harán economías en mano de obra; estas economías también se notan cuando los trabajadores

reciben educación y adiestramiento adecuados, llegando a su cima si reciben capacitación administrativa, cada día más necesaria.

El *capital* es también, como en todos los sectores económicos, un factor imprescindible en la agricultura y está constituido por el llamado «capital físico» (tierras, edificios, cercas, canales, aparatos y maquinaria, herramientas, ganados, etc.), o bien por los medios financieros precisos para adquirir estos medios de producción, o sea, el dinero, propio o prestado. La distinción entre el capital de los terratenientes y el de los arrendatarios es muy artificial, según el libro comentado: No existe tal división en el caso del propietario cultivador; pero conviene separar la función de la propiedad de la tierra de la propiedad del capital móvil, pues la tierra tiene poco costo de oportunidad, mientras que la inversión financiera que se hace en otro capital físico sí tiene costo de oportunidad, de modo que su uso en la agricultura debe compararse con otros usos posibles en la economía. El capital financiero tiene también aquí una indudable importancia, pues la mayoría de los productos agrícolas tienen un período de producción de meses o años y el agricultor debe vivir y poder cubrir los gastos de producción hasta que sus cosechas o ganados estén listos para el mercado. La carencia de ese financiamiento a corto plazo, a tasas de interés justas, es uno de los problemas principales de la agricultura de los países en desarrollo, donde los agricultores se encuentran a menudo a merced de comerciantes o prestamistas que cobran tasas de interés exorbitantes gracias a su monopolio de los préstamos locales; además, el agricultor, una vez endeudado, difícilmente puede liberarse.

La *demand*a de productos agrícolas depende de millones de elecciones de los consumidores y varía con la escala del tiempo y el comportamiento de los compradores inmediatos de los productos. Según estos dos patrones, se estudia, por un lado, la demanda a largo plazo, cuyo aumento depende del desarrollo de la economía de los países ahora pobres; la a mediano plazo, para las necesidades de los años próximos, y la a corto plazo, que es la afrontada por el agricultor cuando trae su producto al mercado, y, por otro lado, las repercusiones que en la determinación del precio tienen los mercados de mayoreo que se aproximan a las condiciones de la competencia pura: hay muchos compradores y vendedores y calidades reconocidas del producto y gracias a las telecomunicaciones modernas pueden realizarse ventas simultáneas. Aparte esto, los productos agrícolas se suelen vender cada vez más, no a los detallistas o consumidores, sino a cadenas de tiendas, cooperativas u organismos de distribución que suelen celebrar contratos por una estación con los productores. Si el agricultor vende a una cooperativa o a una organización de distribución, todavía puede estar expuesto a los cambios de la demanda, pero estará en mejor posición para planear su producción de un año a otro sin tener que preguntarse cuáles serán las condiciones de la demanda cuando su producto esté listo para entregarse, ya que dichos organismos de distribución de productos tratan de seguir políticas estabilizadoras de los precios.

La *oferta* de productos agrícolas tiene grandes especialidades, hasta el punto de que se haya podido afirmar que la producción agrícola se desarrolla aquí en condiciones de competencia perfecta. En efecto, en todo mercado hay un número muy grande de productores independientes, ninguno de los cuales ofrece una proporción tal del producto total que le permita influir en el precio del mercado lanzando o reteniendo su producción.

La autora estudia los diversos aspectos de la oferta, considerando que

los agricultores no suelen elevar al máximo sus beneficios y las respuestas de esta oferta ante los cambios del precio o de la tecnología, que suelen ser adversos. También concurren a la formación de los precios los productos conjuntos, que se generan en forma inseparable e inevitable como resultado de un proceso de producción, o los complementarios, que sólo se producen juntos cuando sea conveniente; ambos pueden elevar los beneficios del agricultor.

La oferta puede verse influida también por la inflexibilidad de los factores productivos y por los períodos de depresión o producción y especialmente cuando se trate de productos perecederos, cuya oferta es altamente inelástica.

Entre los métodos de control de la oferta agrícola destacan los llamados precios de garantía. El precio de garantía de un producto agrícola puede tomar diversas formas; puede ser una simple garantía sin límites de cierto precio por cualquier cantidad que se envíe al mercado, o bien una garantía aplicable sólo a cierto nivel de producción previamente aceptado. Puede aplicarse a todas las calidades de un producto o sólo a alguna de ellas. En un país importador, puede tomar la forma de un precio mínimo de las importaciones o bien la de un pago de «deficiencia» que aumente los ingresos totales de los productores desde el precio de las importaciones hasta un nivel convenido. Los Gobiernos o los organismos distribuidores pueden poner un piso en el mercado apoyando las compras cuando el precio baja de cierto nivel predeterminado y manteniendo acervos de contingencia. Los métodos de financiamiento de los precios de garantía son igualmente variados.

Las razones para adoptar los precios de garantía son:

— En primer lugar, el Gobierno puede desear, por razones estratégicas, conservar un nivel de producción que requiera un uso de los recursos del país mayor que el óptimo; puede resultar preferible cultivar en el país algunos alimentos que podrían comprarse más baratos en el exterior si hay cualquier peligro de abastecimiento insuficiente de alimentos en tiempos de guerra, de perturbaciones en los transportes provenientes de otros países, o de agravación de las dificultades de balanza de pagos por la necesidad de pagar importaciones muy cuantiosas de alimentos.

— En segundo término, el Gobierno puede tratar de estabilizar los ingresos de los agricultores, que tienden a fluctuar mucho de una estación a otra cuando sólo los determinan las fuerzas de oferta y demanda del mercado y los azares del tiempo y los factores biológicos. Cuando el sector agrícola es grande, tales fluctuaciones inducirán ciclos inconvenientes en la economía del país y la estabilización de los ingresos agrícolas puede ser un conducto para el mantenimiento del crecimiento uniforme.

— En tercer lugar, el Gobierno puede tratar de aumentar los ingresos de los agricultores para que no se queden demasiado a la zaga de los demás sectores cuando un país avanza en el proceso de industrialización.

Cabe también el control físico de la oferta, cuyo método más sencillo y antiguo es el almacenamiento del producto en épocas de abundancia para utilizarlo en épocas de escasez.

En varios países se limita la oferta de ciertos productos imponiendo cuotas que se aplican a la producción total de un bien o a las cantidades que los individuos pueden producir o distribuir. Si la demanda de los bienes sujetos a cuota es inelástica, los ingresos totales recibidos del

mercado no disminuirán tanto como la oferta total y es posible obtener un equilibrio de oferta y demanda a un precio algo mayor que antes sin el establecimiento de medidas de apoyo a los precios. Si la demanda tiene una elasticidad-precio mayor que la unidad, el establecimiento de una cuota implicará cierto apoyo a los precios para que los ingresos de los agricultores no sufran una disminución desproporcionada. Estas cuotas pueden imponerse global o individualmente y llegan a constituir una forma eficaz de ajuste de la oferta siempre que no exista un exceso general de ésta.

La *distribución o comercialización* de sus productos es también uno de los más importantes problemas de los agricultores, pues muy raras veces se encuentran el productor y el consumidor final. Los habitantes de las grandes ciudades no se abastecen mediante ventas directas, sino por diversos canales intermedios del mercado.

El vehículo más común de distribución de los productos agrícolas ha sido durante muchos años el mercado colectivo o de subasta; después han aparecido las ventas por tratos privados, principalmente en los cereales que son comprados al productor por comerciantes que después revenden a molineros y exportadores de granos. El crecimiento de las cadenas de tiendas que necesitan abastecimientos regulares de productos clasificados ha incrementado las ventas de productos agrícolas por contrato a los mayoristas o procesadores que después venden a los detallistas; existe también la llamada integración vertical cuando una empresa posee o controla por completo varias etapas de producción de un bien o cuando en cada etapa se obtiene un producto que puede venderse en forma independiente; y, por último, adquieren creciente importancia las cooperativas agrícolas de comercialización, que pueden distribuir de modo eficiente los productos de sus miembros en condiciones muy competitivas. El libro contempla detalladamente cada una de estas figuras, con sus ventajas e inconvenientes.

El *comercio internacional* de los productos agrícolas y la actuación de los Gobiernos en este aspecto es estudiado en sus antecedentes y situación actual, mostrando su indudable importancia en varios cuadros y gráficas. Cuando la producción agraria es insuficiente para satisfacer la demanda se encontrarán medidas para incrementar dicha producción, siendo el incentivo más generalizado el precio de garantía, pero también se acude al crédito barato, al trato preferente en los impuestos y los subsidios con destino a las mejoras agrícolas. Por el contrario, en las épocas de excedentes se adoptan políticas especiales para proteger a la agricultura nacional contra los efectos de las bajas de precios mundiales y el método utilizado con mayor frecuencia ha sido la regulación de las importaciones mediante cuotas o aranceles. Esta es la política aceptada por la Comunidad Económica Europea. En cambio, Estados Unidos y los países que dependen de las exportaciones de productos agrícolas han adoptado otras medidas, como las limitaciones de cultivo y las compras de apoyo.

Como final diremos que la exposición está complementada por cifras, cuadros y estadísticas abundantes y que el libro, aunque maneja a veces términos y conceptos poco familiares para los no iniciados, expone la materia de un modo claro que llega bien a cuantos tengan interés en este aspecto económico y social del campo.

KISCHINEWSKY-BROQUISSE, EDITH: *La copropriété des immeubles bâtis*. Ed. «Librairies Techniques», París, 1978, 807 págs.

Al aparecer la tercera edición de esta obra, que se agotará al veloz ritmo de las anteriores, parecen oportunos unos ligeros comentarios. Con extrema pulcritud de presentación e impresión se nos ofrece un contenido que rebosa en utilidad y atrae inmediatamente al profesional: una bibliografía exhaustiva y una jurisprudencia precisa y completa constitutiva de un fabuloso repertorio de casos vividos, ejemplos aleccionadores. Además, como anotaremos, en leves atisbos proyecta inmisiones en temas marginales, aparentemente, que pese a vivir acampados fuera del alcance de una normativa rígida y petrificada, constituyen realidades vivas y palpitantes que reclaman regulación que no ofrecen las normas centradas en doctrinas escrupulosas o asépticos preconceptos. Nos hallamos, pues, ante una «herramienta» de gran categoría, tipo «fuenteslojo», propia de una autora que desde los años cincuenta viene publicando ininterrumpidamente en estas materias y cuyo magisterio y veteranía le han permitido alcanzar el virtuosismo de una artista.

Por otra parte, aunque las instituciones de propiedad horizontal no difieran esencialmente en los diversos países, siempre ofrecen matices peculiares, variaciones melódicas, en jurisprudencia, legislación o práctica. Otear el predio ajeno era antaño un «fisgar» poco correcto. Hoy el comparatismo se ha institucionalizado como valioso colaborador de la imaginación, especulación y experiencia propias, ya que invita no sólo a reflexiones, sino a rectificaciones de rumbos o singladuras. El jurista, *ingenium curiosum* vocacional, jamás debe desatender la brújula.

La obra se desenvuelve en clásicos cánones: causas e historia de la PH. Las primeras son generales: éxodo rural y abandono por el sector privado del arriendo, inversión que una legislación inicua, agravada con una persecutoria jurisprudencia, ha convertido en ruinosa: se han concedido facultades abusivas a los arrendatarios, mientras a los arrendadores se les ha expropiado, sin indemnización, de derechos legítimos y elementales. La PH, importante elemento de estabilización social, ha sido un valioso sucedáneo durante estos decenios de desenvolvimiento económico. Pero estos periodos son, históricamente, transitorios, limitados. El arriendo, con sus méritos y virtudes, volverá a ser redescubierto a medida que se ensombrezca el horizonte. *Chassez le naturel: il revient au galop*.

Los apuntes históricos son leves, aunque nos remontan a las diversas cavernas de una misma cueva y precisan el contrato de transmisión de una planta baja, con destino a taberna, celebrada en tiempos de Immerum, Rey de Sippar en Caldea; es el más remoto precedente de un abundante muestrario de Oriente Medio. En Francia, con motivo del incendio de Rennes, en 1820, que dio lugar a una reconstrucción basada en calles más amplias, fue necesaria una reagrupación de titulares y una rudimentaria PH. Pero Grenoble fue la más valiente pionera y la inventora del «Método Grenoble» consagrado incluso legislativamente: adquisición del solar por partes indivisas, edificación conjunta y adjudicación en PH. La primera ley francesa específica es de 1938, pero la fundamental es de 1965. Objeto de múltiples modificaciones hasta 1975 puede considerarse como la

versión más actualizada de normas de esta naturaleza: verdadera codificación de doctrina y experiencia, al *dernier cri*.

La Ley se aplica a los edificios corrientes; a los «grupos de inmuebles» en los que el suelo y otros posibles elementos son comunes a todos los titulares de apartamentos; y a los «conjuntos inmobiliarios» que, además de terrenos, instalaciones y servicios comunes, contienen parcelas, edificadas o no, objeto de propiedad privativa.

La regulación legal de estos «conjuntos» es supletoria. Nos hallamos ante la propiedad que se ha llamado «tumbada», en la que la iniciativa privada, en Francia y Suiza particularmente, ha realizado verdaderas filigranas y en muchos casos la real municipalidad es la «Sociedad de Animación y Servicios, S. A.», de la que obligatoriamente forman parte todos los propietarios del complejo urbanístico, que entiende no sólo de los elementos esenciales, sino de ecología, ruidos en la circulación, limpieza, jardinería, etcétera, abarcando su control los más nimios detalles. No falta una completa bibliografía: Viatta, De Morand, Sizaire, Cabanac, Goudar, Meysson, Azoulay...

En Francia, la determinación de partes privativas en la PH es facultativa. La ley, supletoriamente, considera tales «las porciones de terreno o edificio de uso exclusivo de un propietario». Las comunes son las afectas al «uso o utilidad» de «todos o varios». Nuestra autora comenta la escasa nitidez y proximidad de uso y utilización y destaca el grupo de elementos comunes intermedios, los que sólo pertenecen a ciertos propietarios, que si son evidentes en ciertos casos, como los tabiques que separan pisos, en otros su equidad y procedencia es discutible, ofreciendo una zona de confusión, pese a distinguirse entre elementos comunes y elementos de equipo común, como son ascensores, montacargas, calefacción, instalaciones, agua caliente y otros.

Las relaciones de vecindad son difíciles por naturaleza, dificultad que en ocasiones se acentúa por los ensayos de Arquitectos que, en afán de originalidad, producen exóticas entremezclas. En inmuebles de dispares características los variados destinos y la presencia de clases sociales no paralelas, y a veces incompatibles, crean tensiones que alteran la sinfonía necesaria para estas reducidas, inquietas y turbulentas repúblicas. Se habla del *voisinage de fer* y son curiosas ciertas resoluciones judiciales:

— La cláusula que impide el arrendamiento del departamento o dificulta notoriamente su transmisión carece de validez.

— La que exige que las viviendas sean ocupadas por personas de buenas costumbres, excluye travestis y homosexuales.

— La de ocupación *bourgeoise* o la que sólo permite el ejercicio de profesiones liberales no impide la instalación de un estudio notarial, de molestias no cuantitativamente superiores a las de un médico, aunque *strictu sensu* no pueda considerarse al notariado como profesión liberal.

— El perro bien educado no puede considerarse afectado por la prohibición de animales incómodos o ruidosos.

Especial interés reviste la estructura orgánica. Los copropietarios forman un Sindicato, con plena personalidad jurídica, cuyo objeto es conservar el inmueble, administrar sus partes comunes y procurar a los titulares un mejor disfrute del mismo. Se considera creación original, no confundible con Sociedades, Asociaciones, Sindicatos Profesionales o Asociaciones Sindicales Profesionales. Por su condición de ente dispone de amplia fle-

xibilidad en actuaciones judiciales y extrajudiciales y en disposición de elementos comunes, eliminando engorrosas unanimidades.

El Sindicato está integrado por Asamblea, Consejo Sindical (potestativo) y Síndico. Este último es figura destacadísima que puede ser miembro o no de la comunidad y en este último caso forzosamente debe ser profesional, titulado y colegiado. Se huye del Síndico benévolo, consensuado, sin competencia ni energía para hacer frente a estas belicosas democracias. El profesional eficaz, aunque despótico, es la mayor garantía de paz comunitaria. Mezcla de mandatario y representante legal, ostenta atribuciones procedentes de ambas fuentes.

La Asamblea tiene ciertas particularidades. Se regulan los casos en que debe participar usufructuario o nudo-propietario (cuyas participaciones en las cargas de la comunidad se delimitan adecuadamente); se prohíbe que un copropietario pueda ostentar más de tres delegaciones, y en el caso de un titular con cuotas mayoritarias absolutas, su voto no puede exceder de la suma de los correspondientes a los otros copropietarios. Las Asambleas acostumbran a tener por Secretario al Síndico, quien jamás puede presidirlas.

En los «conjuntos inmobiliarios» o «grupos» puede haber sindicatos secundarios, con misión concretada al edificio, que puede quedar incluso delimitado por la distinta escalera. También disponen de personalidad jurídica y autonomía de actuación externa, aunque sus acuerdos jamás pueden afectar el total inmueble del «grupo» o «conjunto».

La Ley permite la unión de Sindicatos de propietarios en orden a la satisfacción de necesidades comunes, que gozan también de personalidad, y a los que pueden adherirse Sociedades de Construcción representadas por sus órganos o alguno de sus socios. Es un caso de transparencia jurídica.

Las referencias a la multi o pluripropiedad, o sea, la llamada espacio-temporal, a tiempo dividido, tiene sólo una leve expresión, pero una bibliografía tan interesante que bien merece reproducirse:

- POIRIER: «Etat descriptif de division», *Juris Classeur Periodique*, 69, IV, Ed. Notarios, 4658.
- HERVIEU: *La multipropriété ou la copropriété dans le temps*. Memoire, Caen, 1971; «La multipropriété est-elle une réalité?» *Act. Jur. P. I.*, enero 1972, página 6.
- DAGOT et SPITERI: «A la recherche de la multipropriété», *J. C. P.*, 1972, I, 2481.
- DELBECQUE: «La propriété à temps partiel dans les résidences de vacances», *J. Not.*, 1973, pág. 1209.
- DOYON: «La propriété spatio-temporelle». *J. C. P.*, 74, I, 2599.
- DOYON et ZURFLUH: «La propriété a temps partagé et ses problèmes». *Act. Jur. P. I.*, mayo de 1976, pág. 374.
- DOYON: «La propriété spatio-temporelle ou le temps partagé». *J. C. P.*, 76, Ed. Not., I, 2770.
- BOUYEURE: «La jouissance des biens immobiliers limités dans le temps». *Rev. Administrer*, agosto 1976, pág. 18.
- STEMMER: «Formules commentées. De la division dans le temps de la jouissance des immeubles qualifiées multipropriété». *J. C. P.*, 76, Ed. Not., I, 2789.
- BIASCA: «La propriété spatio temporelle en quête d'un statut». *Gaz. Pal.*, 1976, Doctrina, pág. 539.

BOYEURE et PELLETIER: «Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé», *Gaz. Pal.*, 1976, 2, Doct., pág. 541.

ZURFLUH: «La propriété à temps partagé». *Rev. Administrer*, noviembre 1976, página 4.

BENNE: «La propriété spatio temporelle». «Rapport» al 73 Congreso de Notarios de 1976.

GIVERDON: «Rapport Synthèse» al propio Congreso Notarial.

Algunos de los citados textos hemos podido examinarlos merced a la inquietud jurídica y dotes diplomáticas de nuestro buen amigo el Registrador de Figueras don CÉSAR QUINTIÁN y reproducción del más destacado de ellos, el del Notario de Niza MAÎTRE BENNE, obra ya en la Biblioteca del Colegio. La materia es tan atractiva que bien merece unos levísimos apuntes.

La denominación se crea en 1967 al desarrollar la «Société des Grands Travaux» de Marsella un complejo en Super Devoluy con la fórmula multi-propiedad. Posteriormente el nombre alterna con los de pluri- o poli-propiedad, «multi-vacances», «time-property», etc.

Su finalidad es solventar los crecientes problemas de la hostelería de temporada y la de los departamentos secundarios de la propia indole. Su utilización durante reducidos periodos origina gastos desproporcionados que pueden reducirse conjugando la difusión social de las vacaciones con la creciente masa de retirados. Se han desarrollado, principalmente, en la Costa Azul, en la de Hammamet de Túnez, en Suiza, en Bélgica y hasta en España ha habido algunos tímidos ensayos; en la actualidad están en curso de venta habitaciones del Hotel Holiday Inn, de Málaga, con precios de 50.000 a 100.000 pesetas semana.

Los mayores éxitos se han alcanzado en esta esfera de las habitaciones hoteleras, amuebladas y equipadas y, sobre todo, dotadas de una gerencia permanente que solventa los aparentemente nimios problemas de conservación, limpieza, climatización, piscinas y demás servicios, posibilitando su inmediata ocupación. En Francia la organización «Club-Hotel» ha celebrado la venta número 15.000 y algunas de ellas permiten, mediante, efecacísimo mercadillo de permutas, alternar mar y montaña o esquí y baño.

En cambio, se anota, con extrañeza, que otras organizaciones prestigiosas, como la «Eurotel», con 28 establecimientos en diversos países de Europa, entre ellos tres en España, o la conocida «Meliá» sigan anclados en la común propiedad horizontal, sobre todo teniendo en cuenta que la rentabilidad de los apartamentos, en régimen de arriendo, es prácticamente nula, mientras que la ocupación por los titulares lo es y en alto grado. Ofrecen, en cambio, dichas organizaciones bien la tarjeta «Eurotelman» o bonos que posibilitan grandes descuentos en los otros hoteles de la organización.

En América del Norte estos «condominiums» con especial acento en los de tipo hotelero, son sumamente utilizados por las grandes organizaciones de jubilados, categoría a la que se incorpora alrededor de los 62 años. Bien es verdad que poseen no sólo establecimientos de tipo indicado, sino desde poblados especializados hasta campamentos rodados en constante movimiento. En la «Guide to Retirement Living», de Rand MacNally, se describen con detalle y atractivo extraordinario unos 2.500 establecimientos, incluso ambiente social y religioso, actividades turísticas, deportivas y culturales; llega a sentirse nostalgia de la jubilación.

Las construcciones jurídicas de la multi-propiedad podemos esquematizarlas en los siguientes grupos:

a) Como derecho meramente personal; simples pactos de titulares de participaciones indivisas intrascendentes en el Registro. Es el procedimiento de las escrituras de la Costa Brava.

b) Constitución de comunidad específica y constatación en el Registro de sus normas al amparo del Reglamento Hipotecario: artículos 7 y número 6 del 51. Hay bastantes asientos en el Registro de Motril y base doctrinal de su eficacia respecto a terceros elaborada por el maestro CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE.

c) Servidumbres personales. Tesis de SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO en su estudio publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores* en octubre de 1975. Aunque aparentemente desproporcionada, la utilización del comodín servidumbre, tan apto para eludir las limitaciones del *numeros clausus* y real «derecho real innominado», constituye una inteligente y eficaz protección real del derecho de uso por parte de los titulares.

d) Sociedad personalista, limitada o por acciones. En el último caso se elaboran unos cuadros asignando los respectivos derechos de uso directo (o de arrendar o ser arrendatario) de determinadas partes del inmueble. En los supuestos de limitadas o colectivas tal derecho constituye un anejo de la participación. Sistema practicado en Suiza y, sobre todo, en Francia, donde la interpretación estricta de la norma del Código permitiendo la cesación de la comunidad en cualquier momento hace que la llamada «multi-propiedad» sea realmente una fórmula engañosa, ya que no responde a la realidad. Tales sociedades sólo han sido reguladas fiscalmente, por lo que los autores hablan de un «estado de vacación jurídica» y requieren objeto muy determinado, han de prevenir la inexistencia de beneficios económicos (salvo disfrute), déficit cuantiosos, limitaciones dispositivas, régimen conyugal, sucesiones y adjudicaciones. En España en las Anónimas es inolvidable el precepto que prescribe que las acciones de igual serie confieran idénticos derechos a los accionistas.

e) En Bélgica, al modificarse el artículo 577 del Código civil y permitirse la válida estipulación del estado indefinido de comunidad, se han podido crear reales multi-propiedades, citándose como ejemplar la promovida por la Sociedad Primibel en el complejo «Labuga-Beach», en las cercanías de Brujas. El aspecto notarial ha corrido a cargo del Notario de Heist-sûr-Mer, MÂITRE DE GHELDERE, y el candidato a Notario M. C. TOM-BROFF. Se estipula un reglamento completo para cada «sub-comunidad» de departamento, sus relaciones con la general, en la que la representación deberá estar confiada a una sola persona, las amplísimas facultades de la gerencia y la consideración de inmuebles por incorporación del mobiliario y equipo.

Un amplio campo que se ofrece a nuestros juristas, en especial los dedicados a la construcción de sistemas en el ámbito inmobiliario.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

La formazione storica del Diritto moderno in Europa. Actas del III Congreso Internacional de Historia del Derecho; Leo S. Olschki, Firenze, 1977, tres tomos, 1508 págs.

Tempora sunt tria: praesens de praeteritis, praesens de praesentibus, praesens de futuris. Con este estandarte expresivo del valor de la dimensión histórica en el derecho, que pretende minusvalorar la técnica actual por entender que corresponde a un período de paz y estabilidad social y económica ya superado, un eminente profesor romano, BRUNO PARADISI, convoca a la cruzada y delimita sus objetivos. El derecho no es ente abstracto, sino inmerso en la entera historia; ésta no es algo distante, pues, lontananza y proximidad no son estimaciones cronológicas, sino medidas de la participación de nuestra capacidad de revivir el pasado. Sin historia el presente se esteriliza y el futuro deja de anticiparse.

Paladines de las viejas cristiandades europeas acuden a la llamada y ofrecen 56 ponencias. Muchas son piezas únicas, otras Cellinis o Stradivarius; la mayoría alcanza un nivel tan estimable que cuando, concluido el torneo, proceden las valoraciones, las dificultades son insuperables. Si un estudio parece alcanzar las más altas cotas, el siguiente demuestra que el nivel no pasa de ser un promedio. Pocas veces se han emparejado más armoniosamente contenidos profundos con amenidad e interés: un conjunto de calidades excepcional.

Los participantes lucen escudos con divisas de Universidades ilustres y antañonas, cuarteles de Magistratura o distintivos de grandes centros de investigación moderna: el séquito de Max Planck es importante. Casi la mitad son italianos, pero están ampliamente representados alemanes y franceses, holandeses e hispanos, ingleses y polacos o austriacos y hasta un griego, GOFAS, que, al analizar el comercio marítimo de su país después de la dominación turca, nos habla de los protegidos por potencias extranjeras, los «baratarios», acaso los recordados en la Insula quijotesca.

El tema que enmarca PARADISI—formación del derecho moderno—elimina conocidas y dilatadas historiografías romanas y de derecho intermedio. Sólo se invocan incidentalmente, como referencias. Los concurrentes no son exclusivos historiadores jurídicos; algunos son especialistas de materias diversas, cuya faceta histórica, en su conjunto o parcialmente, abordan en páginas plagadas de interés y curiosidad. Estas notas no permiten más que trazos cromáticos de los problemas más generales, advirtiendo que muchos de los trabajos examinados son merecedores de singular recensión.

— A BRUNO PARADISI, que enuncia reglas y propósitos, sigue VON SCHWIND, de Viena, que se contrae a los sistemas jurídicos y de su mano se realiza un amplio recorrido por el cerrado y axiomático, o «Begriffssystem», el tópico abierto, el «Fallsystem». Este último, del caso concreto, es el propio de Pretores, de la legislación imperial y el de aquellos juristas *quibus permissum est iu condere*. En él, el derecho se mantiene al nivel de la *techné* griega, por lo que los Edictos Perpetuos y los «Corpus» sólo son recopilaciones de casos, más o menos sistematizados, como ocurre en el derecho inglés, en el que también el derecho preexistente debe ser hallado por el Juez; el *precedent* es sólo un *exemplum*.

El tránsito del sistema a EE. UU. produce un elemento nuevo que permite un amplio arbitrio judicial. El *art of distinguishing* parte de la base de que es rarísima la idéntica *situation fact*, lo que permite eludir el precedente. SCHWIND nos habla de recopilaciones ocasionales, como el Talmud elaborado por los judíos durante el cautiverio babilónico para no olvidar su normativa tradicional, las *leges barbarorum* y aun las de la Magna Grecia, para llegar a las modernas codificaciones a través de las diversas escuelas: desde la tomista a la del derecho libre. MAZZACANE nos presenta también un estimabilísimo estudio, digno de su apellido, de materias no distantes, al referirse a la teoría de las ciencias y del poder político, concretado a la sistemática alemana del siglo XVI.

— Le sigue PUGLIESE, otro nombre relevante y sobre una materia en la que es maestro: los Pandectistas. Se ocupa de la figura egregia de Savigny, para concentrarse en la de su discípulo y fundador de la Escuela, Puchta, aunque Wieacker reclama tal privilegio para Wolf. Nombres cargados de gloria y concepciones como el «Volksgeist» y la «Begriffjurisprudenz» hacen revivir un pasado reciente y gloriosísimo en el mundo jurídico.

— NORBERTO BOBBIO, como HANS THIEME, se pronuncia sobre materias relacionadas con el derecho natural, cuyos componentes romanos, cristianos y germanos son analizados delicadamente con especial enfoque hacia el futuro derecho unificado europeo que debe seguir, en inmediata etapa histórica, al viejo Code de 1804 y constituir, como él, no sólo un hito monumental, sino una filigrana del «Juristenrecht».

— Nos habla ADALBERT ERLER de la *necessitas* como impulso para la renovación del derecho tradicional, casi divino, que se engloba bajo la expresión *das gute alte Recht*. La *necessitas* era, con la *Lex*, la *Previsio* y la *Ratio* una de las estatuas del monumento conmemorativo de la victoria de Capua. No es sólo la *utilitas* la que procura nuevas leyes. La *crecens malitia* de los hombres hace acudir con frecuencia a la *necessitas*.

— Estudio profundo es el de DILCHER sobre el positivismo en la ciencia jurídica, con los planteamientos del «Volksrecht» y del «Juristenrecht», llevándonos desde Gierke hasta Ihering y Marx, desde la expresión «el alma germana se vierte en el derecho alemán» hasta la filosofía social y la denuncia del derecho como instrumento de opresión clasista.

— El aspecto procesal civil de los derechos anglosajones y continentales constituye el tema de dedicación de Van CAENEGEM, de Gante. También TARELLO, SCHOLZ, TARTUFFO, PETRONIO y VITORITI, se contraen a estas materias. El primero examina los procedimientos arcaicos, orales y breves, así como públicos y los modernos lentos, escritos y secretos; la influencia universitaria y la eclesiástica en tal evolución.

— VASOLI borda unas atractivas páginas sobre la dialéctica humanística y la metodología jurídica en el Renacimiento. Examina las técnicas dialéctico-retóricas en la esfera jurídica, hoy casi abandonadas, nos remonta a los helenos, a Cicerón y a Quintiliano y sus escuelas y a las grandes figuras de la baja Edad Media y el Renacimiento: Bodin, Gregoire, Fregius, Llull, Vives, Zabarella, Agricola y otros cien; los procedimientos mnemotécnicos, la oratoria, el *ars sermocinandi*, la lógica, el arte de vencer; un sinfín de esferas de ensueño, casi olvidadas por los juristas, y alguna tan elemental como el arte de estudiar. A la enseñanza y la práctica en la Francia de los siglos XVI y siguiente dedica sus párrafos REULOS,

mientras que KIRALFI, de Londres, escribe pintorescas páginas sobre lingüística jurídica partiendo de la declaración de los filósofos de que su ciencia es más una materia de vocablos que de ideas. Las enunciaciones de ley, derecho, justicia y similares y sus paralelos, los antiguos *ryth*, *Aew*, *Log*, *lege*, *reth*... o los de origen germano, tipo *Gesetz* que produce, entre otros, los *Asentnys* y *Asette* que recuerdan la etimología de Gaceta, objeto de divagaciones no excesivamente convincentes en nuestros mejores diccionarios etimológicos. El derecho común es el «Folcright, con el «Folk» o «Volk», que acaso también aparezca en la antigua Obulco hispana o los Volscos galos. Especiales consideraciones le merece la jerga bárbara galo-franco-normanda, propia del mundo judicial inglés hasta períodos bien recientes.

— GARCÍA GALLO cincela uno de sus temas favoritos, el derecho hispano-americano. La colonización—vocablo muy tardío—se realizó mediante compañías de paisanos, con sólo subsidiaria actuación militar. Jamás fue encomendada a Compañías Mercantiles, ni los territorios de ultramar fueron cauce de minorías disidentes. Su derecho, con leves adecuaciones, como su organización, fue el de Castilla y lo jurídico desempeñó papel primordial. Los juristas predominaban ampliamente en el Consejo Supremo de las Indias; los virreyes eran controlados por Reales Acuerdos, integrados por Magistrados, y los Corregidores locales eran casi siempre juristas. España creó numerosas Universidades; no sólo había en la América hispana amplias bibliotecas de derecho, sino incluso publicaciones relativas al derecho indígena.

— De la justicia en la Venecia degenerada del siglo XVII nos habla COZZI. En ella proliferan jóvenes sin prudencia y nobles sin gentileza; las leyes sirven de viento y, como en la actualidad, *facilitas ventae tribuit incrementum delinquendi*. MARONGIU y CAVANNA se introducen en los ámbitos del derecho penal y PRODOSIMI en los del canónico, mientras que el Maestro GORLA analiza el papel de los Tribunales italianos en el proceso general de unificación jurídica. Sus decisiones no sólo unifican el derecho interno, sino que uniforman el de los diversos Estados italianos. Sus sentencias se hallan repletas de citas y referencias a decisiones y doctrinas exteriores. Hay que tener en cuenta que en el continente el gran héroe de la unificación es el doctrinario, el profesor, cuya obra pronuncia el Juez. En cambio, en el mundo anglosajón es el Juez, *cesareo gladio*, quien da fijeza a la regla, elimina jurisdicciones particulares y universaliza el derecho. Los jueces continentales son Jurisconsultos Oficiales. La obra de COING *Handbuch der Quellen* es magnificada adecuadamente.

— El grupo polaco comprende a MALINOWSKA-KWIATKOWSKA que estudia las tradiciones humanitaristas polacas en la esfera penal; SOJKA-ZIELINSKA, dedicada a la equidad, como corrector del rigor jurídico en casos concretos, analizándola en el tomismo, en el naturalismo y en los distintos Códigos modernos, los primeros rechazándola y los últimos, en especial el BGB, aceptándola con referencia a nociones generales como buena fe, buenas costumbres, etc., que implican normas en blanco, incompletas, «Blankettnormen», que permiten la interpretación teleológica y dan amplia elasticidad al sistema jurídico. Finalmente, WOŁODKIEWICZ examina la responsabilidad en los cuasidelitos.

— También a la equidad dedica sus páginas HEATH, de Newcastle; STEIN, de Cambridge, anota las influencias continentales en el derecho in-

glés y su doctrina, sobre todo a través de Domat y Pothier. En el mercantil se dilató considerablemente, pues se admitió que o el derecho inglés se aproximaba al continental o su comercio ultramarino sufriría considerables perjuicios. WATSON, de Edimburgo, separa influencias inglesas y continentales en el derecho escocés, que durante algunos siglos repudió el de sus vecinos, prefiriendo el continental. Sus estudiantes, en defecto de Universidades propias, acudían a las francesas y después del protestantismo a las holandesas. De ahí la considerable importancia del derecho romano. Hay un excelente estudio de CASTIGNONE sobre el realismo jurídico escandinavo.

— MAYER-MALY, de Salzburgo, examina los precedentes históricos del derecho laboral; SZLECHTER nos lleva al derecho internacional: anexiones de territorios y sus efectos en la nacionalidad de sus habitantes. En temas muy concretos tenemos a CANNATA, clasificación de fuentes de obligaciones; DENZER, persona moral; THOMAS, sobre el error *in substantie*; PADOA, unificación de sociedades; LEDGE, nulidad de los contratos; GRIMM, libertad contractual; BECK-MANNAGETA, de la *rebus sic stantibus*; FEENSTRA, con un documentadísimo trabajo sobre la enfiteusis y su desarrollo para llegar a la conclusión de que entre la justiniana y la actual sólo hay de común el nombre; el feudo, el censo y el arriendo con derecho a sucesión son examinados igualmente. DA PASSANO de los problemas constitucionales en la República Ligur: las bellas palabras de la revolución francesa que fueron asimiladas y resultaron magias y milagros engañosos, principios quiméricos, abstractos, da resultados desastrosos. Aun resuenan las estrofas

*Viva il popolo sovrano
e di lui chi e fido amico;
morte ai regi, ed all'intrico
e a chi morte a lor non da.*

— Merecen destacarse los dos estudios de AJELLO, uno titulado «La rivolta contro il formalismo», exposición apasionada y profunda del iluminismo; otro dedicado a la obra de Carlantonio Broggia. También el de LUGG sobre la estimación y rango del derecho romano en el período precodificador y una magistral disertación sobre esta prehistoria de HELMUT COING, documento excepcional. El problema codificador en sus términos más generales, históricos y dogmáticos, y concretado a diversos países es el objeto que predomina en el Congreso. Se refieren al mismo ponencias de nombres tan señeros como los de GAUDEMET, FOISIL, ASTUTI, PIANO, RAINIERO y los españoles GARCÍA-GARCÍA, GIBERT y ALVARO D'ORS.

En la Europa medieval, fragmentada, caleidoscópica, en la que la costumbre era, prácticamente, fuente exclusiva de producción jurídica, el *ius commune* y el idioma latín constituían un sustrato unificador importantísimo. Juristas formados en el «Corpus» y en las múltiples Universidades podían ejercer en cualquier país, superando el localismo, pero no los inconvenientes de la incertidumbre del derecho ni los dilatadísimos juicios.

Las doctrinas jurídicas y filosóficas—iusnaturalismo, iluminismo, etcétera—tienden a la universalización del derecho que se atisba con el advenimiento de las grandes monarquías absolutas, el Estado fuerte, en-

carnado realmente en el poderoso Rey que puede luchar contra señores feudales y estructuras regionales. Hay un deseo general de «Braevistas, Claritas, Aequitas», de «Libertad, Igualdad y Propiedad» o, en expresiones inglesas, de una legislación clara que constituye a *standing rule to live by* y además idéntica *for the favorite at the court and the countryman at the plough*.

Tomemos a Francia como paradigma. Se proceden a las recopilaciones de costumbres, que a la vez que unifican eliminan miniusos; la Costumbre de París adquiere considerable prestigio y con el derecho romano—encarnación del derecho natural, razón escrita—pasa a constituir el derecho supletorio general. Con grandes Ministros, Colbert y D'Agnesseau entre ellos, se consigue eliminar jurisdicciones y señoríos, vencer las rémoras de los Parlamentos locales y hasta obtener que la jurisprudencia deje de ser la última barrera del derecho local y se constituye en la adelantada de la unificación. Numerosas materias son reguladas en términos generales: procedimientos criminal y civil, comercio, marina y hasta se producen Ordenanzas sobre donaciones y testamentos.

La doctrina ha sido la gran colaboradora. Dumoulin ha publicado su *Oratio de Concordia et Unione Consuetudinum Franciae* y fundado *L'École des Conciliateurs*. Voltaire es sarcástico: en Francia se cambia más frecuentemente de legislación que de caballos de posta. Las grandes obras y figuras culminan en Domat y Pothier. La centralización administrativa y la uniformidad legislativa se han acompasado y la Revolución elimina los poderes fragmentarios, los privilegios personales y reales, las entidades intermedias y los compartimentos estancos. El Estado absoluto sucede al Monarca y culmina la obra de unificación: Un Estado, una ley, un idioma.

La gran expresión formal, culminación de un determinado sistema filosófico, es el Código de 1804 de trascendencia universal, que inicia la gran marcha codificadora, el camino del futuro, hito importantísimo en la historia jurídica.

En Italia hay zonas en que casi se aplica íntegramente, pero aparecen múltiples imitaciones: el Código de las Dos Sicilias, el de Parma, el de Piasenza y Guastalla, el Albertino y en Venecia y Lombardía se aplica el austriaco de 1811. Sólo Córcega y los Estados Pontificios no reciben influencias. Con la unificación política rápidamente se procede a la uniformación jurídica.

En España ya, según Sobrequés, se produjeron tendencias unificadoras con el Conde-Duque de Olivares, pero es el primer Borbón quien la lleva a la práctica. Las disposiciones de 1707 a 1715 señalan el derecho de Castilla, compuesto por «leyes loables y plausibles para todo el Universo», que pasa a ser aplicable a numerosas regiones que lo habían tenido propio. La disposición es dura, por lo que se permite en algunas la subsistencia del vigente. La unificación se realiza por incorporación, no por aglutinación, de donde las resistencias. El derecho peculiar, autóctono se infravalora, pasando a ser un mero privilegio real, un derecho de fuero.

En 1752 el Marqués de la Ensenada proyecta ya un Código general. El propósito es reiterado en el borrador constitucional bonapartista de 1808 y enunciado en las diversas Constituciones hispanas desde 1812, aunque en la de 1869 se cambia el criterio y se establece el respeto a los derechos regionales. Acaso haya influido en el criterio el Congreso de Derecho Ci-

vil de 1863, que se pronunció por la unificación sin prevalencia, aunque eliminando determinadas figuras regionales como primogenitura o legítima simbólica. El Código Civil no innova, lo que resulta ya sumamente importante.

En 1946 otro Congreso Jurídico interesa la recopilación de los derechos regionales, que el Estado promueve rápida y exhaustivamente. Se publican compilaciones que casi son esquemas constitucionales, como el Fuero de Navarra, mientras otras se asemejan a catálogos de museos arqueológicos. La finalidad es integradora, generosa y amplia en contenido, pero con el transcurso del tiempo aparecen desviaciones y se tiene la impresión de que pasarán a ser bases de una más profunda diversificación, elementos desintegradores en el mejor de los casos, y aun dada la prevista composición de los órganos decisorios locales es de prever que el acento marxista en este, como en otros órdenes, prevalecerá sobre el específico. Los modelos de las recientes codificaciones del mundo oriental, en especial el ZGB de 1976, pueden ser tentadores.

Un examen global del período codificador al que en los últimos años se ha incorporado incluso el mundo árabe, por lo menos una parte destacada del mismo, lleva a la conclusión de que sus resultados no han sido los previstos en importantes zonas. Aunque se ha conseguido claridad y brevedad, la eliminación de la interpretación no ha sido posible. Desde Bugnet hasta las escuelas de la exégesis y del derecho libre, Geny o Kantorowicz, la evolución es profunda. La generalidad o universalidad se diluye. Aunque se hayan alcanzado legislaciones unitarias para el Estado y las ideas del Código francés hayan tenido amplísima repercusión, los derechos locales de base más amplia han renacido y el tiempo agranda las distancias.

Por otra parte, se observa una decadencia de los esquemas clásicos del derecho civil, sobre todo al intentarse variar profundamente las bases sociales y económicas. Los nuevos Códigos de influencia colectivista desprecian la técnica y el lenguaje eliminan grandes sectores y vuelven a una legislación arcaizante, basta, primitiva. Además se embite contra la distinción entre el derecho público y el privado, por considerar a este dispositivo de defensa de posturas antisociales, en especial su formulación en derechos subjetivos, se clama contra la pretendida igualdad de las partes en que se asienta lo civil, igualdad aparente e hipócrita con su consecuencia de la libertad contractual; se requiere un código de lo que se llama derecho privado social... Astolfi advierte gravemente contra la mediocridad de doctrinas de apariencias aséptica, con conceptos tan viejos como el mundo y que, en el fondo, sólo luchan contra la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona, los grandes valores de una civilización elaborada con muchos siglos de duros esfuerzos. En nuestros derechos tradicionales, reflejo de una ciencia milenaria, en la actividad privada, es donde la libertad obtiene sus mayores garantías y la dignidad su desarrollo más efectivo.

Desde otro ángulo puede observarse que aun con planteamientos diversos, los Códigos y las normas del mundo conocido como occidental, solvente idénticamente problemas que ofrecen bases sociales casi iguales. Aun ello es extensible al ámbito árabe, que sólo se encuentra distanciado en los esquemas familiares y sucesorios, que hasta el presente eran los que más peculiaridades ofrecían en las legislaciones nacionales o regiona-

les. Las recientes y abundantes normativas sobre regímenes matrimoniales y las que se anuncian y la escasa cuantía de los temas sucesorios han vuelto a orientar a ciertos espíritus hacia una amplia unificación.

Desde la esfera mercantil los hechos invitan al optimismo. A las múltiples e inteligentes directivas en materia de sociedades, especialmente, de la C. E. E. se añade la creación en las Naciones Unidas de la «United Nations Commission for International Trade Law». Toda una esperanza.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

