

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVII ⦿ Mayo-Junio 1971 ⦿ Núm. 484

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
“Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	481
“Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración”, por JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA	531
“Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria”, por O. VICENTE TORRALBA	553
“Los presupuestos de la «disminución» de la garantía hipotecaria”, por ANGEL CRISTÓBAL-MONTES	565
JURISPRUDENCIA COMENTADA:	
“Régimen económico-conyugal de hecho y sanción por matrimonio irregular”, por LUIS DÍEZ-PICAZO	647
JURISPRUDENCIA:	
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	667
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO, JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO	687
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS	707
3. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.	709
4. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	712
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	719

LIBROS:

"Las fuentes del Derecho inglés", de CARLENTON K. ALLEN, por TERESA PUENTE MUÑOZ	727
"Comentarios a la legislación hipotecaria", de BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	734
"Il fatto dannoso nella responsabilità civile", de CARBONE VICENZO, por O. VICENTE TORRALBA SORIANO	741
"La nature juridique de l'indivision", de FRANCIS DELHAY, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	744
"Playas y costas (su régimen jurídico-administrativo)", de L. MARTÍNEZ ESCUDERO, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	761
"Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador", de JOSÉ MENÉNDEZ, por M. H. V.	765
"La codificación", de THIBAUT y SAVIGNY, por J. M. REY PORTOLÉS.	771 .
"La fundación como forma de empresa", de URBANO VALERO AGÚNDEZ, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS	776

REVISTAS	781
------------------------	-----

ESTUDIOS

Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. *Problemas derivados del Derecho urbanístico*: a) Consecuencias registrales a tener en cuenta por la existencia de planes de ordenación: 1. Clasificación de los terrenos. 2. La parcelación, reparcelación y obra nueva. 3. Indivisibilidad, obligación de edificar y otras consecuencias. b) Consecuencias registrales de la falta de planes de ordenación. c) Qué debemos entender por urbanización.—II. *La urbanización dentro de la Ley del Suelo*.—III. *La urbanización en el Derecho turístico*: a) Inscripción del Centro de Interés Turístico. b) Inscripción de las enajenaciones posteriores. c) Ciudades o poblados en vacaciones.—IV. *La urbanización privada*: a) Posibilidad de la urbanización privada. b) Forma en que debe reflejarse registralmente. c) Ciertos límites a tener en cuenta (zona marítimo-terrestre).

De la serie de problemas que con tanta actualidad está suscitando la legislación urbanística en relación con la institución del Registro de la Propiedad, quiero aquí exponer algunos, sobre todo los que se refieren a esa difícil figura de las urbanizaciones. Para ello utilizo parte de lo que fue mi conferencia en Santiago de Compostela al clausurar el curso de 1969 del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca. A lo que entonces dije añadiré otros puntos que no pudieron exponerse entonces en orden a la brevedad del tiempo.

I

PROBLEMAS DERIVADOS DEL DERECHO URBANISTICO

De los tres aspectos en los que el jurista debe manifestarse o reaccionar frente a la norma (conocimiento, interpretación y aplicación), se me antoja el más comprometido de ellos el último de los citados, aunque los tres vayan, del brazo y por la calle, indisolublemente unidos. La peri-

feria española, esa especie de fachada que cara al mar y al sol presentamos al extranjero que llega, nos hace sentirnos joviales al tener que desempeñar en ella un puesto de responsabilidad. Todo va bien en esa serie de costas y cornisas hasta que tropezamos con una sueca o con la aplicación de la Ley del Suelo. A mí se me terminó la jovialidad justo en el momento en el que ese estatuto de la propiedad apareció en mi campo calificadorio. Fue una pena que no se presentase antes la sueca, aunque quizá la cosa se hubiera complicado más...

La Ley del Suelo que GARCÍA DE ENTERRÍA (1) ha tenido la gentileza de comparar en su dimensión con la Ley Hipotecaria, pues de ella dice que ocurrió lo mismo que con la Ley Hipotecaria de 1861, que se adelantó notablemente a su tiempo y que fue menester más de medio siglo para comenzar a extraer de ella la totalidad de sus virtualidades, no es una Ley fácil y, estoy con el citado autor, que tiene más profundidad de lo que su difícil apariencia deja entrever. Creo que es una Ley que puede poner en serio aprieto a juristas muy consumados. Os confieso de antemano que mis pasos por ella los hice con las clásicas botas de cien leguas o de siete suelas y, por ello, mi precisión va a dejar mucho que desear.

GONZÁLEZ PÉREZ (2), ese nuevo Cervantes de la legislación urbanística, hace un resumen de las posturas negativas adoptadas frente a la Ley del Suelo, y nos dice que se atacó a la misma en base de que sus autores, excelentes técnicos, sin duda, no sólo en arquitectura urbanística, sino también en Derecho, han olvidado quizá el viejo juicio según el cual la simplicidad es la mejor amiga de las leyes. No obstante, para dicho autor, el juicio es más sereno: se trata de una Ley técnica, eminentemente técnica y, por ello, precisamente por ello, de fácil entendimiento para los técnicos y de difícil comprensión para los no iniciados. He de confesaros que estoy «sin iniciar», y con esta Ley me pasa como con los frontones: van rebotando las pelotas que con fuerza dirijo a su pared principal. Esta Ley me quita tranquilidades jurídicas. Con esta Ley me pasa como con aquella otra en la que se regulaban las adquisiciones de los extranjeros y se imponía la inscripción obligatorio-constitutiva, clasificándose a este respecto los extranjeros en personas naturales, jurídicas y de «cualquier otra clase», dando así lugar a que pudiéramos pensar en esa realidad de «híbridos» fichados por la Dirección General de Seguridad, a los que, registralmente, habría que designar de una forma *sui generis*... ¡Menos mal que eran extranjeros!

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el Prólogo, pág. 14 de la obra de A. MARTÍN GAMERO *Expropiaciones urbanísticas*. Edit. Motecorvo. Madrid, 1967.

(2) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid, 1968, página 63.

Del examen general de la misma he descubierto que en ella hay dos o tres conceptos básicos, otros varios relacionados y una «falta de acuerdo» doctrinal o de «criterio uniforme» para estos conceptos. Sirvan de ejemplo los de parcelación y reparcelación (3). No obstante, quiero hacer una salvedad elogiosa: Díez MONTERO (4) me parece muy preciso.

El concepto básico y primordial que esta Ley ofrece es el del «planeamiento urbanístico» o lo que es lo mismo: el Plan de ordenación urbanística. Los sesenta primeros artículos están destinados a regular las clases, la forma de elaboración de los planes, sus efectos y ciertas normas complementarias. Comparando esta normativa con la de la Ley Urbanística de 17 de agosto de 1942 de Italia, modificada por la Ley de 6 de agosto de 1967, se ve que la nuestra dobla en artículos a la italiana respecto a esta materia del plan urbanístico. No obstante, la existencia de un Plan de ordenación es decisivo a los efectos que persiguen ambas Leyes. Dice GARCÍA DE ENTERRÍA (5), y no quiero abusar de citas, que el «Plan» pasa a ser, por virtud de la Ley del Suelo, la clave de todo el sistema de límites, limitaciones y deberes que en el Derecho Urbanístico se concreta para las propiedades «incluidas en los espacios planeados». Partiendo de esa opinión puede concluirse con otra: no es que afirmemos que la existencia del Plan es precisa para la eficacia de los preceptos legales, pero sí para ciertas consecuencias que de su inexistencia se derivan.

Como nuestro compañero BONILLA (6) trata en otra conferencia de diversos problemas de este tipo en su confluencia con la llamada «delimitación» de la propiedad, me voy a limitar a señalar unos puntos concretos y establecer una serie de bases que nos deben servir para afrontar el problema de las urbanizaciones. Divido la materia en cuatro pun-

(3) Frente al criterio restringido mantenido por GONZÁLEZ PÉREZ (ob. cit., pág. 444) podemos observar el amplio que sostiene MARTÍN BLANCO (*El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*. Madrid, 1964, página 90) y a quien parece seguir Díez MONTERO en la obra que citamos en la nota siguiente.

(4) F. J. Díez MONTERO: *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*. «Monografías de Vivienda, Arquitectura y urbanismo». Madrid, 1968.

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dictamen sobre legalidad de Ordenanzas municipales*. «Revista de Administración pública», pág. 315, núm. 50. Esta idea la ratifican la mayor parte de los autores que se enfrentan con el problema (GONZÁLEZ PÉREZ, en ob. cit., pág. 71; NÚÑEZ RUIZ, GONZÁLEZ BERENGUER, MARTÍN RETORTILLO, etc.) y que también se desprende de la Exposición de Motivos de la misma Ley al decir que «el planeamiento es la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana».

(6) J. F. BONILLA ENCINA: *Titularidades delimitadas en la propiedad rústica y urbana: Su publicidad registral*. Conferencia del Seminario de Derecho Hipotecario. Valladolid-Salamanca, 1968-69.

tos: a) Consecuencias registrales a tener en cuenta por la existencia de planes de ordenación. b) Consecuencia de la falta de planes de ordenación. c) Mecanismos hipotecarios; y d) Qué debe entenderse por urbanizaciones.

a) *Consecuencias registrales a tener en cuenta por la existencia de planes de ordenación.*

La existencia de un plan de ordenación hace que entre en juego esa singular clasificación de los terrenos que desborda la clásicamente admitida por la legislación civil e hipotecaria y que, de todos conocida, estructuraba las fincas en rústicas y urbanas; asimismo, irrumpen en la terminología legal las nociones de solar, parcela, unidad parcelable, polígono, manzana, terreno, suelo, superficie, etc. A esta abundancia terminológica que admite muchos matices doctrinales se refiere con espíritu crítico GARCÍA CANTERO (7) en su estudio sobre la finca funcional.

La relación de todo este cúmulo de conceptos con el Registro de la Propiedad es importante, ya que no debe echarse en olvido la fuerza publicitaria que nuestro mecanismo registral lleva consigo y su gran finalidad de proteger con sus pronunciamientos el tráfico jurídico. La posible falta de enlace—coordinación se dice modernamente—entre el Registro y la «planificación urbanística» puede poner en entredicho la fuerza obligatoria de la Ley del Suelo o la eficacia jurídica para la cual se creó el Registro.

Vamos a destacar unos puntos que friccionan estas relaciones y que, a modo de consecuencias, se derivan de la aprobación de los planes en su posible proyección registral:

1. *Clasificación de los terrenos.*—La Ley del Suelo, con terminología de dudosa precisión, habla en ocasiones de fincas, de inmuebles y de predios, e identifica la palabra «terrenos» con alguno de esos conceptos. No debe extrañarnos, pues, que cuando aborda la clasificación de «terrenos» los divida en urbanos, de reserva urbana, solares y rústicos. Aunque la legislación hipotecaria ordene encabezar la inscripción encuadrando la finca en la calificación de rústica o urbana, ello no quiere decir que la misma sea un obstáculo para recibir e incluso constatar la florida clasificación que la legislación del suelo aporta a la técnica diferenciadora de los terrenos. La legislación hipotecaria, al or-

(7) G. GARCÍA CANTERO: *La finca funcional en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956*. «Revista de Derecho Privado», 1965, pág. 1114.

denar los requisitos de la inscripción, se produce con gran amplitud, y el Reglamento, forzando su letra, nos ofrece una frase alentadora para recibir cualquier «novedad» que legislativamente pueda producirse: «... y cualquier otra circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba.»

Lo que sucede es que la calificación de rústica o urbana, registralmente hablando, no ha tenido nunca unos criterios decisivos para precisarse ni en la legislación ni en la doctrina, y, de otra parte, al ser una circunstancia de hecho no queda protegida por la fe pública registral. La posible transformación, casi tautomática, o la conversión de una finca de rústica en urbana o viceversa (caso bien raro), se reflejaba registralmente porque en el título así lo afirmaban los interesados y el Registrador debía seguir lo que dispone el artículo 51,4 del Reglamento Hipotecario, que así venía a autorizar esta transformación: «En caso de disconformidad se expresarán las diferencias entre Registro y título.»

La Ley del Suelo, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA (8), niega al propietario rústico la posibilidad de convertirlo en urbano a su arbitrio; esta conversión de suelo rústico en urbano es un privilegio que se confía únicamente al Plan de ordenación. Por consiguiente, el paso de un terreno del valor inicial al urbanístico, que es el valor de las expectativas de su utilización como solar urbano, es atribuido íntegramente, repetimos, al Plan administrativo de ordenación y a las subsiguientes obras por él establecidas. Debemos anotar y destacar cómo el Plan de ordenación es la única llave que permite alterar la naturaleza de las fincas.

Análogo criterio parece mantener SERRANO SERRANO (9) al opinar que cuando el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y el complemento reglamentario del 51 exigen que se haga constar la naturaleza de la finca especificando si es rústica o urbana, no deberá atenderse a criterios distintos de los que señala la Ley del Suelo y en sus planes urbanísticos, precisando incluso si con arreglo a la Ley o a dichos planes las fincas son urbanas, rústicas, de reserva urbana o solares, porque la calificación urba-

(8) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Problemas actuales de régimen local*. Sevilla, 1958, pág. 117.

(9) I. SERRANO SERRANO: *Introducción o Prólogo de Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo*. Ministerio de la Vivienda. Secretaría General Técnica. Madrid, 1964, pág. 9.

nística será el criterio del que, quien consulte el Registro, podrá deducir las facultades y limitaciones que asisten al propietario de la finca.

LUCAS FERNÁNDEZ (10), aun admitiendo que la clasificación que estamos tocando no queda enmarcada en el ámbito puramente administrativo, sino que tiene una gran trascendencia civil, opina en contra de SERRANO, considerando como posible argumento el artículo 2.º, párrafo 2 del Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, que, al referirse a las adquisiciones de fincas por extranjeros, dice: «... a los efectos de la calificación de la naturaleza de la finca se tendrá en cuenta lo que resulte del Registro de la Propiedad, y de no estar inscrita, de la clase de contribución que satisfaga, a no ser que deba considerarse urbana, conforme a la Ley de Régimen del Suelo y Urdenación urbana.»

Así las cosas, y existiendo un Plan de ordenación, las posibles afecciones a que quedan sujetas las fincas según sean rústicas o urbanas son importantes: el suelo urbano no puede ser edificado hasta que se convierta en solar; los usos y aprovechamientos de los suelos de reserva urbana y rústicos se ajustarán a los previstos en el plan sin alterar su destino; surge la obligación de edificar, etc. Estas limitaciones deben ser tenidas muy en cuenta a la hora de otorgar la escritura y de ser calificada registralmente (por lo que resulte de los asientos y el contenido del título), y, por ello, estimo que estas clasificaciones de fincas y este encuadramiento dentro del plan de ordenación deben tener un reflejo registral aparte de la publicidad que la aprobación de los planes puedan tener y que, conforme al artículo 43 de la Ley del Suelo, debidamente comentado por GONZÁLEZ PÉREZ (11), se limita no al texto íntegro, sino únicamente al acuerdo aprobatorio (artículo 35 de la Ley del Suelo), pudiendo los particulares pedir una manifestación y examen de documentos, así como un informe por escrito del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector. Ante este deficiente sistema publicitario que deja en desacuerdo el Registro con la realidad, e impide una rápida y legal calificación registral, se hace preciso y urgente un medio que registralmente pueda ofrecer a los particulares una coordinación entre la «seguridad jurídica» que les ofre-

(10) F. LUCAS FERNÁNDEZ: *Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho Privado*. «Revista de Derecho Urbanístico», mayo-junio de 1967, núm. 3, pág. 25.

(11) Ob. cit., pág. 279.

ce el Registro y esa clasificación que, a espaldas del Registro, se ha realizado administrativamente, así como un medio que facilite la calificación registral.

Creo que el problema no debe ser el de enfrentar la legislación hipotecaria con la legislación del suelo y ver cuál de ellas tiene más «fuerza», sino en lograr que ambas vayan al unísono en materia tan importante como la del derecho de propiedad. PÉREZ BOTIJA (12) apuntaba esta idea al decir que la Ley del Suelo, después de la Hipotecaria, es el complemento más importante del Código Civil en materia de ordenación de ciertos bienes inmuebles.

2. *La parcelación, reparcelación y obra nueva.*—Conforme a la Ley del Suelo en sus artículos 79 y 165 (13), ninguna de estas operaciones puede ser realizada sin licencia municipal.

Prescindiendo aquí de la discusión que planteó NÚÑEZ LAGOS (14) en orden a la distinción entre «solar» y «terreno», considerando que la prohibición de parcelación se refería a los solares, pero no a los terrenos, y que fue contestada por REGUERA SEVILLA (15) en el sentido de rechazar dicha tesis porque «solar

(12) PÉREZ BOTIJA: *Síntesis normativa de la Ley del Suelo. Hacia una justificación del urbanismo*. «Revista de Estudios de la Vida Local», 1956, páginas 499 y sigs.

(13) «Artículo 79, 1: No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado un plan parcial de ordenación del sector correspondiente o, si no existiera aprobado un plan general, se formen simultáneamente éste, el plan parcial y el proyecto de parcelación, con arreglo al título primero de esta Ley. 2. Toda parcelación y reparcelación urbanística quedarán sujetas a licencia. 3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento. 4. En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede.»

«Artículo 165, 1: Estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existencias, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalen los planes. 2. El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales.»

(14) F. NÚÑEZ LAGOS: *El Notario y la propiedad inmobiliaria moderna*. «Revista de Derecho Notarial», núms. 17 y 18, 1957, págs. 133 y sigs.

(15) J. REGUERA SEVILLA: *Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código civil y la legislación hipotecaria*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XIV, pág. 246.

es también terreno urbanizado», lo que sí es cierto es que estas prohibiciones deben ser tenidas en cuenta a la hora de la calificación registral, y aquí es donde se plantea el problema de actuación del Registrador.

Naturalmente que el Registrador no puede alegar ignorancia de la existencia del Plan y de su aprobación, pero no debemos olvidar, como antes dijimos, que la publicación de la aprobación de un plan es insuficiente para llegar al conocimiento de qué fincas están dentro de la ordenación y cuáles quedan fuera.

Para que el Registrador sepa si la finca está o no sujeta a estas limitaciones necesita conocer no sólo la *aprobación del Plan* (conforme al artículo 35 de la Ley del Suelo), sino todo su contenido y, entre ello, las fincas que se excluyen, las fincas que comprende el Plan, terrenos a que se extiende, si es general, parcial y si abarca o no todo el término municipal. La Ley del Suelo, dictada diríamos casi con olvido de la existencia de una institución tan fundamental como la del Registro de la Propiedad, no ha tenido en cuenta esta previsión que una Ley agraria—no tan elogiada por su calidad técnica como la del Suelo—, la de Concentración Parcelaria, en su texto refundido de 8 de noviembre de 1962, intenta solucionar en sus artículos 6, 41 y 71 (16).

Posiblemente la Ley del Suelo pensó que estas prohibiciones no tenían la garra suficiente para cerrar las puertas del Registro, y por ello no contó con esta institución para el respeto de sus normas. Digo esto porque entiendo que las parcelaciones, reparcelaciones y obras nuevas llevadas a cabo en contra de lo dispuesto en el Plan de ordenación urbana, no son nulas. Nulo es todo acto realizado en contra de lo dispuesto en la Ley, conforme al artículo 4.º del Código Civil, salvo que la misma Ley ordene su validez. Pues bien: este último inciso del artículo 4.º del Código Civil es el aplicable al caso que contemplamos, ya que la Ley del Suelo prevé que estos actos se realicen, y cuando ello sucede no los sanciona con nulidad, sino con una penalidad o sanción administrativa y pecuniaria, además de solidaria, en el

(16) Sin transcribir literalmente los preceptos citados para evitar extensión al trabajo, diremos que el art. 6.º impone como vocal de las Comisiones locales al Registrador de la Propiedad y al Notario de la zona o del distrito. El art. 41 establece la obligación del Servicio de Concentración de comunicar cuanto antes al Registrador de la Propiedad y al Notario los términos afectados por la concentración, la determinación del perímetro de cada zona y sus rectificaciones y las resoluciones que pongan término al procedimiento y que impidan llevar a cabo la concentración. El art. 71 ordena la remisión de planos de la zona concentrada.

artículo 214, concediendo, además, un plazo de DOS MESES para demoler las obras y destruir todo lo realizado, o dar carta de naturaleza a todo ello, legalizándolo (17). Múltiples problemas plantea el artículo citado, pero puede señalarse uno sustancialmente curioso: el momento a partir de cuando se cuenta el plazo de dos meses. ¿A partir del comienzo de las obras, de la segregación, de la parcelación, de la fecha de la escritura pública, o del documento privado que subrepticamente pueda redactarse o a partir de la fecha de la inscripción? Del último párrafo del artículo 171 de la Ley del Suelo se deduce que transcurridos esos dos meses el acto será válido (18).

Una afirmación de tanta trascendencia no me hubiera atrevido a hacerla sin un apoyo doctrinal de cierto peso, y ahí va: GONZÁLEZ PÉREZ (19), al comentar la Ley de 2 de diciembre de 1963 y, concretamente, su artículo 2.º, dice que en lugar de ser un argumento invocable en apoyo de la nulidad, lo es en sentido contrario, pues al disponer expresamente la nulidad de los actos enumerados en el artículo 165, en cuanto impliquen cualquier modificación de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres, «aun cuando se realicen sin licencia municipal», a «contrario sensu» está excluyendo la nulidad de los demás actos.

CARCELLER FERNÁNDEZ (20) mantiene la posibilidad de las inscripciones basándose en que son actos meramente anulables y se les puede aplicar la doctrina del artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

(17) El plazo de dos meses lo impone el art. 171 de la Ley del Suelo.

(18) «Artículo 171, 1: El Ayuntamiento, la Comisión provincial de Urbanismo o sus respectivos presidentes, dispondrán la suspensión de los actos relacionados en el art. 165 que se efectuaren sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones legítimas señaladas. 2. En el plazo de dos meses, el organismo competente para otorgar la licencia efectuará adecuada comprobación y acordará: a) Detener las obras e impedir definitivamente los usos cuya licencia hubiera sido improcedente o que no se ajustare a las citadas condiciones; y b) Legalizar las obras y autorizar los usos que se amoldaren a aquéllas. 3. Si se tratare de parcelaciones sin licencia o sin ajustarse a la otorgada, cualquiera de las autoridades u organismos a que se refiere el párrafo primero prohibirá, además, todo intento de urbanizar o edificar los terrenos, dispondrá la destrucción de lo realizado y podrá expropiarlos sin requisitos de formulación de previo proyecto. 4. Si no se adoptare el acuerdo en el plazo señalado, quedará levantada la suspensión.»

(19) Ob. cit., pág. 250.

(20) A CARCELLER FERNÁNDEZ: *Teoría y práctica de la reparcelación*. Editorial Motecorvo. Madrid, 1969, pág. 36.

Para tratar de solucionar la insuficiente regulación que el sistema de reparcelación—como instrumento de justicia distributiva a fin de regularizar las diversas fincas y facilitar su edificación—se establecía en la Ley del Suelo (y concretamente su artículo 82,3 la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el documento administrativo en el que se apruebe la reparcelación con efectos modificatorios respecto de las fincas), se dicta el Reglamento de Reparcelación del Suelo afectado por planes de ordenación urbana aprobado por Decreto de 7 de abril de 1966, en el que, aparte de otras cuestiones urbanísticas, se intenta resolver la relación de esta operación con el Registro de la Propiedad, ya que se trata, como dice la exposición de motivos, de «un instrumento delicado, de alta técnica, que roza la temática de la función social de la propiedad y ha de enlazar con el vigente sistema hipotecario, se ha cuidado muy singularmente la precisión de bases, trámites y garantías, sin temor a innovaciones, pero también sin simple afán de novedad. Y se han instrumentado las adecuadas cautelas para el máximo respeto a los derechos de los particulares y de la comunidad».

Realmente, la operación denominada reparcelación se realiza a través de dos figuras muy adscritas a la técnica notarial y registral: la agrupación y la segregación, pero saltando por encima de los estrechos límites que la regulación hipotecaria presenta para los casos normales en el Reglamento Hipotecario. Vamos a prescindir ahora del acierto o no de la nueva regulación, pues eso sería labor de crítica y aquí de lo que tratamos es de exponer simplemente las relaciones que esta operación urbanística presenta frente al Registro de la Propiedad. La serie de referencias, modificaciones, adaptaciones a la regulación legal hace que debamos distinguir cinco etapas en el mecanismo administrativo que reglamenta la reparcelación: a) Disposiciones genéricas a tener en cuenta en la ejecución de planes por reparcelación. b) Proyecto de reparcelación. c) Procedimiento. d) Formalización de la reparcelación; y e) Casos especiales de reparcelación.

- a. *Disposiciones genéricas a tener en cuenta en la ejecución de planes de reparcelación.*—Como el principio de calificación registral no se restringe a la hora de verificar la inscripción, aunque sí puede tener más o menos am-

plitud según la clase de documentos, podemos señalar una serie de puntos que ese principio calificador debe tener en cuenta para su precisa manifestación:

- *Capacidad, prohibición de disponer y limitaciones.*— Cuando la reparcelación tenga carácter obligatorio (supuestos que regula el artículo 4.º del Reglamento citado), sus disposiciones son vinculantes no obstante los defectos de capacidad, limitación de la facultad de disponer o demás circunstancias que condicionen o prohíban las transmisiones de las fincas en situación normal. En estos supuestos representará a los interesados, en su caso, el Ministerio Fiscal y las cantidades obtenidas se depositarán en el Juzgado o en la Caja General de Depósitos, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 2.º del Reglamento de Reparcelación).

La referencia que se hace para basar esta disposición a la Ley de Expropiación Forzosa, es necesario constreñirla a sus verdaderos casos, pues dicha Ley solamente hace comparecer al Ministerio Fiscal cuando los propietarios o titulares no comparecen o cuando estuvieran incapacitados y sin tutor o persona que los represente o la propiedad fuera litigiosa (artículo 5.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954), ya que en otros casos los que administran o disfruten bienes que no pueden ser enajenados sin autorización judicial o permiso, quedan legitimados para hacerlo sobre la base del interés público que supone la expropiación (artículo 6.º de la Ley de Expropiación). Ni que decir tiene que en esos casos entran los de menores, incapacitados, mujer casada, licencia marital, ausentes, defensor judicial, albaceas, tutores, etc...

A diferencia de la Ley de Expropiación (complementaria en estos casos de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil), permite la opción de que se consigne o se deposite el precio obtenido en el Juzgado o en la Caja General de Depósitos. La Ley de Expropiación sólo admite el depósito (artículo 51 del Reglamento para su aplicación). Mientras la Ley habla de depósito, el Reglamento utiliza la expresión de consignación, que en la Ley del Suelo parecen diferenciarse.

— *Ampliación del concepto de finca.*—Creo que la legislación del suelo ha roto moldes en orden a lo que registralmente hemos conocido como «finca». Aparte de las denominaciones antes vistas es preciso ahora tener muy en cuenta las de «polígono», «manzana», «unidad superior», «unidad urbanística», «superficie mínima», «parcela mínima», etc.

Aquí interesan únicamente las ideas de polígono, manzana o unidad superior en cuanto por la agrupación pueden formar finca independiente conforme a lo que dispone el artículo 24,1, f) del Reglamento. El conjunto de manzana o manzanas, la posible agrupación de polígonos, etc., da paso a la llamada «unidad parcelaria», que incluso puede estar constituida por «superficies discontinuas» separadas en el espacio, siempre que concurren las circunstancias de integrar núcleo unitario de edificaciones y servicios y ser homogéneas las características de edificación en todo el sector rodeado por otros de régimen distinto (artículo 6,3 del Reglamento y 104,2, apartados a y b de la Ley del Suelo).

Es importante también distinguir entre fincas reparcelables y no reparcelables, que dan paso a otra serie de conceptos como los de la «superficie mínima», «parcela mínima edificable», «parcela mínima reparcelable», etcétera. Para que una finca sea considerada como reparcelable (o, lo que es igual, como parcela mínima reparcelable) es preciso que reúna una serie de requisitos, como son: 1) Que tenga un valor o superficie hábil para que en la reparcelación se adjudique una parcela mínima edificable. 2) Que no suponga un perjuicio económico en los márgenes que señala el artículo 3,4 del Reglamento; y 3) Que no quede excluida del tráfico jurídico por dicha reparcelación. Caso de no cumplirse el requisito primero, se procede a la formación de una comunidad voluntaria u obligatoria (artículos 7 y 13 del Reglamento y 81,3 d, de la Ley del Suelo).

Debe destacarse también el concepto de parcela mínima edificable que señalará el Plan (artículo 78,1, a, de la Ley del Suelo) o el proyecto de reparcelación (artículo 7,3 del Reglamento), que ostenta como particularidad que los distintos edificios que sobre la misma

puedan construirse adquieren o pueden adquirir independencia en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de licencia de segregación y cualquiera que sea la superficie del solar (artículo 7,3 del Reglamento).

El concepto de finca no reparcelable se contiene en el artículo 8,1 del Reglamento (fincas fuera de ordenación, solares o inmuebles históricos, artísticos o de carácter monumental), los cuales, sin embargo, salvo los del último supuesto, están sujetos a indemnización sustitutiva (artículos 36,3 y 45,4 del Reglamento). Especialmente debemos referirnos a los terrenos de dominio y uso público de carácter municipal o estatal, que tienen dentro de la reparcelación un tratamiento diferente o especial que supone la posible subrogación de los mismos por otros dentro de la zona reparcelada (artículo 30 del Reglamento).

- *Otras consecuencias de la reparcelación.*—La finalidad que persigue la reparcelación es la de lograr una nueva organización de la superficie o terreno haciéndola apta o susceptible de edificaciones urbanas.

Ello lleva consigo la posibilidad de la transformación de fincas rústicas en urbanas, de terrenos edificables en parques o jardines, la desaparición de derechos reales o su transformación en créditos, así como, por previo acuerdo con el propietario, la transformación de su derecho de propiedad en un derecho de superficie, de propiedad horizontal o de finca sita fuera de la zona sujeta a reparcelación (artículo 13,3 del Reglamento).

Todos estos fenómenos tienen una decisiva importancia en relación con su reflejo registral y la documentación adecuada a presentar para su eficaz publicación.

- b. *Proyecto de reparcelación.*—Debemos destacar cómo el expediente que va a dar lugar a que el proyecto de reparcelación se apruebe tiene muy en cuenta la situación registral de las fincas, la relación de los propietarios afectados y la serie de ellos que pueden ser o resultar desconocidos (artículo 20 del Reglamento). Aprobado inicialmente el proyecto de reparcelación, el organismo actuante recaba de oficio o a instancia de parte

certificación de titularidad y cargas de las fincas afectadas (reclamación que puede hacerse cuando la zona está «en estado de reparcelación»), y esta reclamación provoca estos efectos registrales:

- Expedición de certificación y extensión de nota marginal a los efectos del artículo 32 del Reglamento Hipotecario.
- Anotación preventiva de los bienes no inscritos que se cancelará de oficio o a instancia de parte a los tres años de su fecha, sin perjuicio de que el órgano actuante pueda prorrogar la misma por otro plazo igual (artículo 21,2 del Reglamento).

Los efectos de esta nota marginal y de esta anotación los precisa el último párrafo del citado artículo eliminando la necesidad de citación a los titulares adquirentes con posterioridad a la extensión de esos asientos. Por su parte, el artículo 27 del mismo Reglamento establece que la transmisión efectuada con posterioridad a dichos asientos no alterará la situación urbanística de la finca, aplicándose el artículo 7.º de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, no se considera dificultado o impedido el proyecto de reparcelación por esa transmisión, entendiéndose subrogado el nuevo titular en las mismas obligaciones y derechos del anterior. Añado que será necesario en esos casos cumplir lo que dispone el artículo 7.º del Reglamento de Expropiación: la notificación a la Administración.

Deben ser destacados ciertos efectos señalados en el artículo 22 del Reglamento y que suponen relaciones directas con el Registro de la Propiedad. Antes de la aprobación definitiva de la reparcelación, la enajenación de fincas exige previa autorización del órgano actuante, que se otorgará cuando se presten garantías económicas suficientes. La norma en sí parece estar en contradicción con el artículo 21 antes citado y con el 27 del mismo Reglamento que invoca el 7 de la Ley de Expropiación Forzosa, a no ser que se entienda que para que entren en juego los supuestos a que dichos artículos se refieren es preciso la autorización del órgano actuante.

También se necesitan previas autorizaciones para edificar y para la adjudicación parcial de determinadas fincas.

- c. *Procedimiento*.—El Reglamento estudia una serie de problemas de tipo registral enmarcando la materia dentro de lo que llama «efectos del acuerdo de reparcelación»; pero nosotros vamos a tratar de estos problemas bajo la idea de que aún no se ha producido el acuerdo definitivo que apruebe la reparcelación. Puede hablarse de que existe «declaración de una zona en estado de reparcelación», e incluso que se ha producido la «aprobación inicial del proyecto» (debe tenerse en cuenta que esto último lleva consigo lo primero, según el artículo 23 del Reglamento). Pues bien: en el plazo de alegaciones y exhibición de titulación se pueden producir estas situaciones:
- Que los propietarios y titulares de derechos afectados comparezcan y exhiban sus títulos y declaren las situaciones jurídicas existentes (sin omisión dolosa o falsedad) y que sus declaraciones coincidan con la realidad.
 - Que dichos propietarios y titulares cumplan la misma obligación, pero que exista discordancia entre los títulos y la realidad jurídica. En este caso, el «acuerdo de reparcelación» servirá de título para la rectificación registral, salvo que constare en el Registro anotación preventiva de demanda.
 - Que el titular registral no comparezca en el expediente. En este caso se siguen las actuaciones con el Ministerio Fiscal y la nueva finca se adjudica e inscribe a nombre de dicho titular registral, salvo que otro titular acredite mejor derecho, pues, existiendo ese otro titular, puede suceder:
 1. Que dicho titular acredite ser causahabiente del titular registral en virtud de documento fehaciente y que el titular registral comparezca en el expediente y no se oponga. En ese caso se inscribe a favor de dicho titular nuevo.
 2. Que no comparezca el titular registral y el Ministerio Fiscal no se oponga. Se inscribe la finca al que justifique su derecho, siempre que la última ins-

cripción de la finca tenga más de treinta años o aun no teniéndolos, si la justificación se basa en escritura pública.

3. Que no comparezca el titular registral y el Ministerio Fiscal no se oponga, que el asiento contradictorio sea de menor antigüedad y que el titular no prueba traer su derecho del titular registral. Se puede inscribir a nombre del nuevo titular si por el órgano actuante se estima acreditado el derecho. Pero en este caso llevará la advertencia de que no perjudica al posible titular registral, pudiendo cancelarse dicha afección por transcurrir treinta años o por los procedimientos de reanudación de tracto o de resolución judicial firme.

En todos los supuestos citados en el acuerdo y en la inscripción se consignarán, si constaren, las transmisiones realizadas, lo cual supone un caso de tracto abreviado.

- Que exista un posible caso de doble inmatriculación de todo o parte de una finca identificada. En este caso se entenderán las actuaciones con el Ministerio Fiscal y registralmente se extienden las notas correspondientes que prevé la legislación hipotecaria y en el acuerdo de reparcación se reservarán a los interesados las acciones oportunas y la adjudicación se hará «a favor de quien acredite mejor derecho» (artículo 28 del Reglamento).
- Que existan fincas no inmatriculadas en el Registro de la Propiedad y cuyo dueño o titular sea desconocido. A este caso se refiere el artículo 35 del Reglamento, disponiendo que las mismas se incluirán en la agrupación, aunque previamente se inmatriculará a favor del órgano actuante (quien habrá pedido la anotación preventiva de que hablaba el artículo 21 del Reglamento). La finca o la cuota parte que corresponda a la finca aportada también se inscribirá a favor del órgano actuante para ser adjudicadas a quien acredite ser su dueño. Transcurridos CINCO años, si la adjudicación es de finca nueva se vende en pública subasta, y si es sólo de cuota puede adjudicarse a alguno de los cotitulares en proporción a su cuota.

Prevé también dicho artículo la existencia de superficies no adjudicadas en la reparcelación por no haberse certificado ni acreditado la titularidad de la apoitada. En ese caso quedará formando parte de la finca matriz, y transcurridos cinco años deberá ser enajenada en pública subasta, destinándose su producto a la constitución del Patrimonio Municipal del Suelo.

- d. *Formalización de la reparcelación.*—Dice DÍEZ MONTE-RO (F. J.) (Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas. Ministerio de la Vivienda, 1968, página 201) que la reparcelación puede formalizarse por dos procedimientos: por certificación administrativa, que deberá protocolizarse notarialmente, y por escritura pública, que habrá de ser aprobada por el órgano actuante, mediante certificación complementaria que acredite la aprobación. Nos vamos a limitar al examen de esta titulación y a sus efectos en relación con el Registro de la Propiedad:

1. *Certificación administrativa del acuerdo de aprobación.* Es uno de los documentos fundamentales a efectos de la realización de operaciones registrales por consecuencia de la reparcelación. De la serie de circunstancias que debe contener—todas ellas pensadas en la inevitable constatación registral—no vamos a detenernos, pues vienen especificadas en el artículo 24 del Reglamento. Solamente queremos destacar cómo ese documento debe contener fundamentalmente la DESCRIPCION de la finca formada por AGRUPACION, que se inscribirá por reparcelación o se inmatriculará, en todo o en parte, en virtud de dicho título a favor del órgano que la apruebe y como trámite formal para las segregaciones, con expresión de los interesados, y cómo se hace constar una especie de estatutos vinculantes para la reparcelación efectuada (artículo 24 del Reglamento).

Este título, prueba fundamental del acuerdo definitivo de reparcelación, provoca varias consecuencias registrales importantes:

- a) El título de reparcelación será suficiente para inmatricular en el Registro las fincas, aunque alguna de las incorporadas no figurara inscrita, siguiéndolo-

se la inmatriculación con la publicación de edictos correspondientes, pero sin las limitaciones del artículo 207 de la Ley Hipotecaria (art. 28 del Reglamento). Aunque el Reglamento no lo dice, la inmatriculación en algunos casos se operará por conversión de la anotación por falta de previa inscripción del artículo 21 del Reglamento.

- b) El título de reparcelación tiene eficacia cancelatoria para provocar la misma acerca de cargas y gravámenes que pesan sobre las fincas aportadas. Todo ello viene especificado suficientemente en el artículo 31 del Reglamento, que trata de la subrogación de cargas y de la posible transformación de las mismas en créditos garantizados.
- c) Dicho título tiene también eficacia inmatriculadora para los excesos de cabida (artículo 24,2 en relación con el 28,8 del Reglamento).
- d) La aprobación definitiva de la reparcelación produce la cesión al Ayuntamiento de todos los terrenos destinados a dominio y uso público municipal, que serán inscritos conforme señalan los artículos 28 y concordantes de este Reglamento. Se opera por compensación entre los antiguos viales existentes y los nuevos (artículo 30 del Reglamento). Debemos destacar cómo la norma del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario excluye precisamente de registración a los bienes de dominio y uso público, admitiendo los de servicio público y los patrimoniales, ya sean propios o comunales.

Una vez provocados en el Registro los oportunos efectos y verificadas las correspondientes inscripciones e inmatriculaciones, se procederá a protocolizar el título ante Notario a cuyo distrito pertenezca la zona reparcelada o el que por turno le corresponda (artículo 34,3 del Reglamento). El Notario, a su vez, expedirá para cada propietario copia parcial autorizada del acuerdo de reparcelación, en la que se describirán las fincas y se consignarán la titularidad y cargas, y las circunstancias oportunas (artículo 34,3 y 4 del Reglamento).

2. *Escritura notarial de reparcelación.*—Cabe la misma en dos casos concretos para formalizar la reparcelación. El primero se refiere al supuesto de un solo propietario o varios que se ponen de común acuerdo, y el segundo es el caso de que los propietarios o la entidad urbanística colaboradora, voluntariamente, otorguen escritura pública, en la que deben constar los requisitos y circunstancias del artículo 24 del Reglamento, sometiéndola a la tramitación y aprobación del organismo urbanístico competente.

Pueden insertarse en la escritura los estatutos de la entidad urbanística colaboradora que se constituya, en su caso, por iniciativa de los interesados o imposición de la Administración, y los efectos serán los mismos que determina en general el artículo 82 de la Ley del Suelo, y, en consecuencia, provocará las mismas inscripciones antes citadas.

- e. *Casos especiales de reparcelación.*—Para no prolongar excesivamente esta materia, sintetizo varios supuestos que deben tener su reflejo registral. Unos pueden reputarse como normas generales, pero otros son especialidades propiamente dichas:

- La normalización de fincas que supone la rectificación de sus límites para normalizar la configuración de fincas en superficie inferior a la manzana. Los acuerdos de normalización serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, y producirán iguales efectos que los de reparcelación (artículo 44 del Reglamento).
- En la reparcelación, todas las obras de urbanización deben ser satisfechas por los propietarios, conforme a la Ley del Suelo en su artículo 114, y que reproduce el Reglamento de Reparcelaciones en el artículo 45,1. Precisamente este artículo arbitra el sistema de fijación de cuotas, que se harán constar en el Registro en virtud de certificación del acuerdo firme del órgano actuante, y que tendrá efecto de carga real.

Cuando excepcionalmente no se haga constar cuota, por no imponerse, o se limitare el acuerdo al apla-

zamiento del pago de la cuota, se consignará esta circunstancia en el título y en el Registro por nota marginal, haciendo constar la cantidad máxima de que responde el respectivo inmueble. Esta afección se pospone a toda garantía constituida para gozar de beneficios otorgados a la construcción de viviendas de protección estatal, y será cancelada al pago de la cuota o por el transcurso de cinco años, si en el Registro no consta nada en contra (artículo 45,7).

- Una especie de hipoteca legal surge en el caso que regula el artículo 45,8 del Reglamento al decir que el órgano actuante puede autorizar la constitución de una hipoteca en garantía de créditos en supuestos distintos de los previstos en el número anterior y, por supuesto, con iguales efectos, lo que daría lugar a muchos problemas de prelación y ejecución.

Podría profundizarse un poco más en todo este entramado legislativo, en el cual quedan aún algunas normas por comentar y reproducir; pero ello nos llevaría a una desmesurada extensión de este trabajo. Creo que todo ello podría provocar otro, comentando muchos puntos que sólo han quedado iniciados.

3. *Indivisibilidad, obligación de edificar y otras consecuencias.*—

Una de las consecuencias que la aprobación del plan ofrece, desde el punto de vista registral, es la determinación de las parcelas que han de ser consideradas como mínimas y, por tanto, como indivisibles las que sean iguales o menores que las mínimas. Esta calidad de indivisibles, cuyo perfil conceptual expresa el artículo 78 de la Ley del Suelo, debe hacerse constar por Notarios y Registradores en la descripción de las fincas.

A partir de la aprobación del Plan, Notarios y Registradores deben hacer constar esta circunstancia aunque no conozcan más que su aprobación. No obstante, la Ley prevé un caso especial en el que al Registrador se le debe notificar el carácter de indivisible, y es cuando se trate de una «parcela edificable en una proporción de volumen en relación con su área, cuando se construyere el correspondiente a toda la superficie, o en el supuesto de que se edifique en proporción menor, la porción de exceso»,

y se otorgase la licencia de edificación. En los demás casos el carácter indivisible debe practicarse de oficio. La doctrina ha explicado diversamente el precepto (21).

La calificación de solar de un terreno urbano vincula al propietario del mismo a la obligación de edificar conforme dispone el artículo 142 de la Ley del Suelo y los correspondientes de la sección primera, capítulo primero, título cuarto de dicha Ley. Ni que decir tiene que esta vinculación obliga a los sucesivos adquirentes, ya que el artículo 143 de la Ley dice que los plazos señalados para la edificación no se alteran aunque durante los mismos se efectuarán varias «transmisiones de dominio». Esta disposición, al carecer de la debida coordinación con la institución que trata de proteger el tráfico jurídico, planteó muchos problemas y ha tratado de ser solucionada a través del Decreto de 5 de marzo de 1964, en el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa, y en cuyo artículo 58, y a través de la nota que se regula, se relaciona y publica esta situación a que se somete al solar (22).

Otras consecuencias que pueden citarse son las que recoge el artículo 47 en orden al uso de los predios, la del artículo 48

(21) F. LUCAS FERNÁNDEZ: *Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado*. «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 3 del año 1967, pág. 26, dice que «no acertamos a ver claramente cuál sea la 'ratio' del precepto contenido en este párrafo 3, a menos que la constancia en la inscripción de la finca sirva para advertir a terceros del peligro que pueda suponer la próxima adquisición del carácter de indivisible de la parcela cuando se haga uso de la licencia de edificación. Pero quizá no sea ésta la explicación y posiblemente haya habido un error en su redacción».

J. GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., pág. 452, dice que: «Suele utilizarse este procedimiento de concentrar el volumen edificable en una parte del terreno con una finalidad fraudulenta: primero, se agota el volumen edificable en una parte del terreno, y más tarde, cuando se ha olvidado la edificación, se segrega el terreno no edificado y se intenta, y logra muchas veces, una nueva licencia, duplicando el volumen admitido. Para evitar estas prácticas viciosas, la ley exige que, en estos casos de concentración de volumen, se haga constar en el Registro de la Propiedad (artículo 78, párr. 3). Es obvio que en los supuestos de segregación de la parte no edificada debe reflejarse el volumen aprovechado, pues es a través de la segregación como se burlan los límites de la ordenación.»

(22) J. REGUERA SEVILLA: *Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código civil y la legislación hipotecaria*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XIV, pág. 250, apuntó la idea de la necesaria coordinación entre la legislación del suelo, con su obligación de edificar, y el Registro de la Propiedad con la figura del tercer adquirente. Dar preferencia a la Ley del Suelo sobre la base de los arts. 143 y 71 (con su principio de subrogación) frente al art. 34 es poner en entredicho una institución constituida para proteger y encauzar el tráfico jurídico.

que a ciertos edificios e instalaciones permite que se los califique como «fuera de ordenación» y el artículo 50 que, en relación con terrenos no susceptibles de edificación o los calificados como «fuera de ordenación», exige que se haga constar en el respectivo título, dando lugar a la resolución del contrato si se incumple esa obligación; igualmente, en las enajenaciones de terrenos de «urbanizaciones privadas» y los en proceso de urbanización deben hacerse constar las circunstancias que exige dicho artículo, siendo también resolubles si se incumple dicha obligación. El acceso de estos contratos al Registro de la Propiedad y la aparición de un tercero protegido vuelve a poner en tela de juicio la preferencia que haya de darse a la Ley Hipotecaria sobre la del Suelo o a ésta sobre aquélla. La redacción del artículo 71 de la Ley del Suelo, hecha de espaldas o con desconocimiento de la institución registral, sólo podría salvarse pensando que el legislador imponía la subrogación de limitaciones y deberes al adquirente cuando el contrato fuese privado, pues siendo público y haciéndose constar registralmente hubiera sido preciso que dicho artículo hiciese la salvedad en forma de coetilla final diciendo «a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», con lo cual se hubiera impuesto una excepción muy importante al artículo 34 de dicha Ley, pero las cosas hubieran quedado muy claras.

Ante este panorama se hace urgente una adecuada coordinación entre el planteamiento urbanístico y el Registro de la Propiedad. Esta idea de la coordinación fue apuntada por NARCISO FUENTES (23) y por REGUERA SEVILLA (24), señalando este último autor tres cauces o medios para lograrla:

- La publicidad integradora que se desprende del artículo 35 de la Ley del Suelo, hecha efectiva mediante el «Boletín Oficial del Estado» y de la provincia, debería ser más completa, pues

(23) N. FUENTES SANCHIS: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*. Ponencia para el Congreso de Derecho Registral, mayo 1961, pág. 26, que abogaba, como solución posible para evitar estas discordancias, por la aplicación del art. 209 de la Ley del Suelo, diciendo: «Sin necesidad de derogar ningún precepto, sólo con el cumplimiento del art. 209 de la Ley del Suelo, podría evitarse el marasmo; éste dispone que los actos administrativos que se produjeren en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria.»

(24) J. REGUERA SEVILLA: Ob. cit., pág. 253.

- presenta como deficiencias la generalidad con que están redactados los anuncios oficiales y la difícil identificación de fincas.
- Comunicaciones de oficio al Registrador de la Propiedad de los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la Ley del Suelo, que podrán ser anotados e inscritos convirtiendo el facultativo «podrán» del artículo 209 de la misma en el imperativo «deberán».
 - Dar vida a la «cédula urbanística» de que habla el artículo 51 de la Ley del Suelo, modificando la Ley Hipotecaria en el sentido de hacer obligatoria la constancia o referencia de la «cédula» en los documentos presentados al Registro.

Este esquema de medidas coordinativas es un tanto más completo que las posibles «buenas intenciones» legislativas de la Ley del Suelo, pero desde que se propuso hasta la fecha no ha tenido ninguna efectividad real. Soy pesimista en este aspecto, y más si me detengo en esa famosa «cédula urbanística», que lleva el mismo camino del olvido que la famosa «cédula de inscripción» creada por la legislación catastral con valor de título real y que se redujo a letra impresa. Sin perjuicio de dar vida a toda esa serie de medidas que propone REGUERA SEVILLA, creo que los males siguen estando en la base. Seguimos sin un catastro y seguimos sin integrar esta institución dentro del Registro, y así se hace muy difícil caminar en esa teórica manera de reglamentar la propiedad. Sin perjuicio de que esa base lleguemos a alcanzarla algún día, propongo estas medidas de posible coordinación:

1. Asesoramiento imprescindible de uno, varios o una comisión de Registradores en la formación de los respectivos planes de ordenación. Debe pensarse en la irritación que arquitectos e ingenieros tendrían si en la formación de «planes de obras y construcciones» sólo figurasen en la comisión funcionarios públicos encargados de la registración... No propongo mayorías, sino un sistema parecido al que regula la legislación de concentración parcelaria, pero más efectivo y más real.
2. Aprobado un plan de ordenación se hace imprescindible que el mismo sea conocido en todos sus pormenores por el Registrador de la Propiedad, así como que se le acompañe un plano de la zona afectada con la posible especificación de las fincas que quedan excluidas del mismo o de las bases para ser excluidas. Plano que, a su vez, debe tener acogida en todos los institutos que más o menos están relacionados con la contratación de fincas: catastro, registros fiscales, registro de solares, etc.

3. Constatación por nota marginal (¡ya sé que hay muchas notas!) de la calificación del suelo, necesidad de licencia, indivisibilidad, limitaciones genéricas, edificación forzosa, etc., conforme a las normas del planeamiento urbanístico.

Creo que la legislación hipotecaria no es un obstáculo para que la Ley del Suelo desarrolle toda la eficacia estatutaria de la propiedad que reglamenta. Es más, creo que ambas legislaciones deben tener un perfecto encaje. La técnica de la legislación del suelo se adapta perfectamente a los esquemas tradicionales modificativos de fincas para llevar a cabo la constatación registral de los fenómenos urbanísticos. Quizá la Ley Hipotecaria esté rezagada en orden a la reanudación de tracto, inmatriculación y cancelaciones, pero en lo demás está en línea actual, y una prueba evidente de este intento de acercamiento de ambas instituciones es el Reglamento de Reparcelaciones, que ha procurado una coordinación, forzando ciertas situaciones, eso es cierto.

b) Consecuencias registrales de la falta de planes de ordenación.

La inexistencia de un plan de ordenación sustrae, por así decirlo, eficacia aplicativa a la legislación del suelo. La Ley rige en todo el territorio nacional, como el Código Civil, pero ello no quiere decir que regule el estatuto jurídico de «todo el territorio nacional», sino solamente el que queda cubierto por la existencia de un plan que lo reglamente.

Dice GONZÁLEZ PÉREZ (25) que el plan de ordenación constituye en la mecánica de la Ley del Suelo la pieza esencial, sin la que no es concebible la acción urbanizadora; pero la realidad nos ofrece, sin embargo, un buen número de municipios que carecen de plan de ordenación. No sólo falta el plan nacional y casi todos los planes provinciales, sino que muchos municipios carecen de su plan general de ordenación. El régimen aplicable en estos casos, sigue diciendo el autor citado, es el que señala el artículo 8.º de la Ley del Suelo, que, al regular los planes provinciales, dispone que los mismos comprenderán «normas urbanísticas para la edificación de todos los terrenos respecto de los cuales no hubiere planeamiento aprobado», y para cuando no existiese plan ni ninguna norma en el plan provincial, o para cuando, existiendo, sean insuficientes, están las que prevén los artículos 57 y 58 de la Ley del Suelo, es decir, unas normas de ordenación complementarias, subsidiarias del planeamiento (estatales, municipales o comarcales).

(25) Ob. cit., pág. 70.

La realidad, sin embargo, demuestra que estas normas complementarias y subsidiarias tampoco existen, y al no existir dan base para pensar que no pueden entrar en juego todas aquellas normas que son una consecuencia inmediata de aquellos planes aprobados o de la existencia de esas normas subsidiarias. La Ley es bien clara en este punto, pues parte de la distinción entre municipios con plan y sin plan. Para los primeros entran en juego todas las limitaciones, límites y deberes, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA (26), y para los segundos ya veremos lo que sucede, pues no podemos considerar alegremente aplicables los artículos 47 y siguientes sin examinar su posibilidad de vinculación.

No piensa así GONZÁLEZ PÉREZ (27) ni la mayor parte de la doctrina que comenta la legislación del suelo, diciéndonos que el suelo rústico o el urbano, clasificación única admitida para el caso de inexistencia de planes, deben estar sometidos al mismo régimen de los artículos 67 y 69 de la Ley. No obstante, no se argumenta esta opinión diciéndose que, «en principio, el régimen es el mismo. Una vez calificado el suelo de urbano, sea por el procedimiento del artículo 63 (que exige la existencia del plan) o por el del artículo 66 (para las poblaciones que carecen de plan), estará sujeto a idénticas disposiciones: serán aplicables las limitaciones del artículo 67, y será considerado urbano a efectos de valoración (artículos 92 y 93). Existe, sin embargo, un aspecto en que, al menos, resulta dudosa la unidad de régimen: el referente a cesión de viales». Respecto de las fincas o terrenos rústicos, dice el autor: «El régimen jurídico del suelo rústico, con arreglo al artículo 66 (el sin plan), es el mismo régimen que el del suelo rústico definido según el artículo 65, a efectos de limitaciones de uso (artículo 69) y de valoración (artículos 90 y 91).»

Me rebelo contra esta interpretación. Y me rebelo porque me parece un poco fuerte pensar que la Ley hace un esfuerzo para clasificar los terrenos según exista o no plan de ordenación, y este esfuerzo se reduce luego a una consecuencia unitaria. Es como si dijera la Ley: «Aunque clasifico y distingo terrenos, el lector no debe hacer mucho caso de estas clasificaciones porque al final todos los terrenos tienen una misma regulación exista o no plan de ordenación.» Todos conocemos aquel brocardo jurídico que sintetizaba una manera de interpretar la norma: donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Y pregunto: ¿donde la Ley distingue, debemos nosotros distinguir?

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dictamen sobre legalidad de Ordenanzas municipales*. «Revista de Administración Pública», núm. 50, pág. 315.

(27) Ob. cit., pág. 411.

Entiendo que cuando no existen planes de ordenación el suelo se divide en rústico y urbano. En esto la Ley del Suelo no ha venido a modificar nada, y por ello la normativa aplicable no es la Ley del Suelo, sino el Código Civil y legislación complementaria. El artículo 66 de la Ley del Suelo, que presupone la inexistencia de planes de ordenación, habla de suelo urbano y rústico; pero pienso que este suelo urbano difícilmente puede convertirse en «parcela edificable», esto es, en «solar», si no goza de los mínimos servicios de urbanización realizados—como dice el artículo 63 de la misma Ley—«con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan»; la referencia o remisión que hace el artículo 67 de la misma Ley al 114 (que prevé la cesión de terrenos con arreglo a los planes); la constante referencia al plan que se trasluce en el artículo 69, que, al hablar de terrenos rústicos, da por supuesto su existencia, etc., hacen pensar que esa serie de limitaciones sólo pueden jugar cuando el plan exista.

LUCAS FERNÁNDEZ (28), sin afrontar el problema, considera que en el régimen de terrenos sin plan de ordenación cabe también el concepto de solar o terreno apto para edificar, basándose en el Decreto de 29 de abril de 1959, que aprueba el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, y que en su artículo 2.º, número 2, 1.º, parece prever la existencia de solares para las zonas de ensanche o extensión del núcleo urbano.

c) *Qué debemos entender por urbanización.*

FUENTES SANCHÍS (29), abanderado registral sobre temas urbanísticos, citaba a Aristóteles haciendo residir en su *Política* las bases del urbanismo. MARTÍN GAMERO (30), en su tesis doctoral, arranca de más cerca para centrar la palabra urbanismo: GANIVET, en su *Granada la bella*, concluida en 1896, utiliza dicha palabra. Debéis apercibiros que estamos dando la mano a la generación del 98 (31), pero hasta princi-

(28) F. LUCAS FERNÁNDEZ: Ob. cit., pág. 25.

(29) N. FUENTES SANCHÍS: *En torno al urbanismo, política del suelo y Registro de la Propiedad*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1963, pág. 449.

(30) A. MARTÍN GAMERO: *Expropiaciones urbanísticas*. Edit. Motecorvo. Madrid, 1967, pág. 37.

(31) JOSÉ LUIS ABELLÁN: *Visión de España en la generación del 98*, habría que incluir en ella a Unamuno, Ganivet, Valle-Inclán, Benavente, Arniches, Blasco Ibáñez, Rubén Darío, Gabriel y Galán, Gómez Moreno, Asín Palacios, los hermanos Álvarez Quintero, Baroja, Azorín, Maeztu, los hermanos Machado y Villaespesa. Sin embargo, Pedro Salinas, en su literatura española del siglo xx (1949), siguiendo el concepto de «generación literaria», de Petersen, afirma la existencia de una generación del 98 compuesta por Benavente, Valle-Inclán, Baroja, Azorín, Antonio Machado, Maeztu y Unamuno...; aceptando el criterio de Petersen, damos por váli-

prios de siglo no entramos en la era del urbanismo. La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano, con ROCA SASTRE, vendrá después.

La Ley habla en infinidad de artículos (4, 41; 50, número 2; 80; 168, etc.) de «urbanizaciones particulares», proyectos de parcelaciones y otras expresiones semejantes, dando por supuesto el concepto de todas ellas. Volviendo a nuestro diccionario, encontramos un concepto de urbanización: convertir en ciudad o población una porción de terreno o prepararlo para ello. Como también estuve en campamentos de la Milicia universitaria y se me hizo «barrer el campo», a veces con escobas que había que «pintarlas», voy a utilizar una expresión, semejante para definir la urbanización: es *asfaltar el campo*.

CHRISTOPHER ALEXANDER, en Munich, julio de 1967, y en su trabajo (32) *La ciudad no es un árbol*, acudiendo al reino vegetal trata de darnos una imagen negativa de la ciudad: la ciudad no es un árbol, y menos un árbol verde y con hojas. La ciudad es un «semientramado», pero no un árbol. Tampoco la urbanización es un árbol, aunque tenga árboles. Es un conjunto de elementos propios de una ciudad (vías, desagües, agua potable, electricidad, jardines, zonas de recreo, paseos, etcétera) y diversas edificaciones construidas en parcelas independientes. La urbanización es una pequeña ciudad a la que se denomina de diversas formas: zona residencial, complejo urbanístico, parcelación urbanística, conjunto parcelado, ciudades urbanizadas, etc.

La urbanización exige un terreno lo suficientemente amplio para comprender dentro del mismo esa serie de elementos que forman su unidad. Queda delimitada por una línea poligonal que comprende dentro de la misma todo terreno sobre el que inciden los elementos constitutivos de ella. La urbanización, en principio, es una finca registral que puede entrar calificativamente dentro de lo que GARÍA CANTERO (33) llama funcional. La urbanización implica una especie de unidad, quizá orgánica, que no se pierde por el hecho de que sucesivamente se vayan formando parcelas con carácter de fincas independientes y con derechos y obligaciones frente a lo que hemos de denominar elementos comunes de la urbanización (viales, servicios, parques, etc.). Es más: la idea de urbanización lleva consigo la de parcelación o distribución del terreno en pequeños espacios que, al pasar a la propiedad particular de dife-

do el grupo de Salinas, si bien excluyendo del mismo a Benavente, que sólo superficialmente tiene contactos con el 98, e incluyendo a Ganivet, cuya problemática continuó y desarrolló posteriormente todo el grupo.

(32) CH. ALEXANDER: *La ciudad no es un árbol*, publicado en «BAUEN UND WOHNEN, Munich, julio 1967, núm. 7, págs. 283 a 290.

(33) G. GARCÍA CANTERO: *La finca funcional en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956*. «Revista de Derecho Privado», 1965, pág. 1114.

rentes dueños, forman fincas independientes, aunque subordinadas a una normativa que rige el complejo urbanístico en que están ubicadas.

La proyección registral que la urbanización presenta frente a la forma de reflejarse en los asientos del Registro de la Propiedad, ofrece en su problemática diversos caminos: a) Se discute si es una propiedad horizontal «tumbada», como ingeniosamente la ha calificado SAPENA TOMÁS (34). b) Se especula si es una comunidad análoga en su regulación a la de aguas del artículo 71 del Reglamento Hipotecario. c) Se aventura si estamos ante una «unidad orgánica» parecida a la explotación agrícola del artículo 44 del Reglamento Hipotecario. d) Se intenta incrustarla analógicamente en la normativa de los cotos mineros del artículo 67 del Reglamento Hipotecario. La problemática no hubiera existido si el legislador hipotecario hubiese tenido el atrevimiento y la intuición de haber añadido un pequeño párrafo a los artículos 8.º de la Ley o 16 del Reglamento. Antes de abordar este problema es preciso contemplar la urbanización en una triple dimensión.

II

LA URBANIZACION DENTRO DE LA LEY DEL SUELO

Premisa fundamental es la de que cuando exista plan de ordenación, toda urbanización que se pretenda realizar queda dentro de la normativa de la Ley del Suelo, con toda esa serie de limitaciones, licencias, obligaciones, etc., que afectan, como hemos visto, a los terrenos urbanos, de reserva urbana, solares y rústicos.

De entre la infinidad de problemas que surgen en torno a esta figura debemos o queremos destacar aquel que especula sobre la clase de terreno en que puede construirse la urbanización. Cuatro son sus posibilidades conforme a la clasificación legal. SAPENA TOMÁS (35) descarta el suelo urbano y el de reserva urbana, ya que el primero, en cuanto a su construcción y determinación de vías públicas, jardines y parques, está sujeto al plan de ordenación, sin que quepa reglamentación privada, aunque la urbanización se lleve a cabo por gestión privada en su forma

(34) J. SAPENA TOMÁS: *Problemática de las urbanizaciones privadas*. «Revista de Derecho Notarial», 1967 (57-58), pág. 63, y «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XVI, pág. 487.

(35) Ob. cit., pág. 491.

de cooperación, compensación o cesión de viales. Respecto del segundo viene a ser un suelo urbano en fase expectante, y su construcción y destino ha de sujetarse al plan general. Queda, pues, reducida la urbanización al suelo rústico. No obstante, el mismo SAPENA confiesa que «al igual que en una manzana el patio de luces interior es de disfrute exclusivo de las fincas que la rodean, pudiendo los titulares de uno y otros fijar su utilización por los ocupantes de éstas, nada empece a que, respetando el destino de los terrenos adscritos a un servicio público, en los solares de propiedad particular se delimiten otros para el servicio exclusivo de los titulares o usuarios de la zona, a salvo siempre las normas del plan de ordenación urbana. Y así crear calles particulares, zonas deportivas, zonas de juegos, etc.».

La evidente duda que plantea la opinión anterior se ve reflejada también en FUENTES SANCHÍS (36), quien tenía sus reservas en orden a las urbanizaciones sobre terrenos urbanos, ya que al comentar el artículo 67 de la Ley del Suelo destaca la frase «explotación del suelo», que el mismo artículo utiliza, calificándola de anfibológica y preguntándose si cabría en esa frase la posibilidad de una urbanización sobre suelo de reserva urbana.

Suponiendo que solamente sobre el suelo rústico es sobre el que puede actuar la urbanización, es decir, sobre el único que puede constituirse una urbanización de carácter privado, se hace muy preciso y urgente destacar cómo el mismo, al tratar de ser urbanizado, está sujeto, por ser suelo rústico incluido dentro de los planes de urbanización u ordenación, a las limitaciones que en orden a lo construcción señala el artículo 69 de la Ley del Suelo:

- a) No puede ser edificado más que en un metro cúbico por cada cinco cuadrados. Los planes no pueden rebasar estos límites, y las excepciones no cuentan para las urbanizaciones.
- b) La división, parcelación y obra nueva exige licencia municipal, por el juego de los artículos 79 y 165 de la Ley del Suelo. Aparte de ello es preciso tener en cuenta que también tiene aplicación la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 y 14 de abril de 1962.
- c) Los tipos de construcciones deben ser adecuados a su condición aislada, y quedarán prohibidas las edificaciones características de las «zonas urbanas», y especialmente los bloques de pisos con paredes medianeras al descubierto.

(36) N. FUENTES SANCHÍS: Ob. cit., pág. 492.

Al llegar a este punto es preciso poner un poco en entredicho la tesis de SAPENA y brindaros aquella famosa frase de GONZÁLEZ PALOMINO (37), referida al drama del cumplimiento de las leyes, y que a su juicio deben reunir una serie de notas que pueden resumirse en el anagrama de la palabra CAFE: cortas, antiguas, flexibles y escasas.

La citada norma imperativa, que considero difícilmente superable por los planes de ordenación, dicen que tiene un escape en la misma Ley del Suelo, pues el artículo 9.º, párrafo 1, apartado e) de la misma, al hablar de los planes generales y de su contenido, dice que deben contener la «delimitación del perímetro urbano, para la aplicación, fuera del mismo, de las normas sobre edificación en suelo rústico».

CHINCHILLA RUEDA (38), al enfocar el problema de las parcelaciones urbanísticas y situarlas también en suelo rústico, deslinda las tareas hipotecarias, simplificándolas enormemente. Aparte de los problemas no resueltos en nuestro Derecho por la falta de conceptos dentro de las cosas complejas, pertenencias, accesorios y partes integrantes, señala las siguientes fases en la inscripción de las urbanizaciones privadas:

- 1.^a Como en toda urbanización existen dos partes, la destinada a la edificación y la destinada a viales, es preciso una segregación de la parte destinada a construcciones urbanísticas.

En esta inscripción de segregación se harían constar los motivos, los oficios aprobatorios de la parcelación, las ordenanzas, especificación de zonas edificables y señalización de manzanas.

- 2.^a La segunda parte es la descripción del resto de la finca matriz, que está integrada por los «diseminados», o sea, aquellas partes que han de ocupar los jardines, viales, etc.

Estos viales y zonas diseminadas en su día han de ser terrenos de «propiedad municipal» y de uso público, aunque limitado éste «a los habitantes de la urbanización». Su vinculación a la urbanización se realiza en virtud de una servidumbre predial que en su día se «convertirá» en servidumbre administrativa o legal.

- 3.^a El estatuto jurídico de la urbanización tendría su acceso al Registro a través de la semejanza con la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

(37) J. GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor*, vol. I, Apéndice Navarro al Prólogo. Universidad de Navarra, 1964, pág. 120.

(38) R. CHINCHILLA RUEDA: *La parcelación de fincas rústicas con fines urbanísticos y sus problemas*, «Revista de Derecho Español y Americano», año XI, 2.^a época, Madrid, octubre-diciembre 1966, págs. 139 a 151.

Discrepo en varios puntos de lo sostenido por CHINCHILLA, y considero que pueden apuntarse esta serie de fases en la urbanización con su posible proyección registral:

- a) La primera operación registral que exige toda urbanización es la «delimitación» de la finca sobre la cual se ha de construir. Lo normal es que la inscripción de la «finca orgánica» que ha de contener en su día la urbanización se forma por agrupación de otras varias o se produzca por una segregación de una finca de gran extensión, que va a permitir formar en ella el núcleo residencial. Que esté o no previamente inscrita la finca o las fincas, que en vez de hacerse las inscripciones al proyectarse la urbanización se hagan cuando se trate de inscribir las obras nuevas, etc., sólo hacen multiplicar los supuestos que puedan presentarse.
- b) El segundo momento, que puede coincidir con el de la declaración de la obra nueva, es el de la segregación de parcelas sobre las que se describen las obras realizadas o que se hayan de realizar en su día, formándose así fincas independientes, en las que se harán constar las cargas, los derechos y las obligaciones que les afecten.

Por lo que se refiere a las cargas y los derechos que estas parcelas deben soportar y tener frente a otras o a los elementos comunes, se suele solucionar doctrinalmente a través de la constitución de servidumbres prediales. El tema se escapa un poco de nuestro propósito, pero conviene apuntar una serie de opiniones de esa abundante bibliografía que sobre el mismo existe (39). LA RICA, en su estudio sobre *La confusión de derechos* (Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán, tomo I,

(39) J. BATISTA MONTERO RÍOS: *La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*. «Revista de Derecho Privado», 1962, pág. 189.

J. BONET CORREA: *La servidumbre en favor del edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*. «Revista de Derecho Notarial», 1961 (núms. 33 y 34), pág. 247.

F. LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración del contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir*. «Revista de Derecho Notarial», 1967 (56), pág. 277.

J. MACHADO CARPENTER: *Servidumbre en beneficio del edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*. «Estudios de Derecho Civil» de Edit. R. D. Privado, año 1962, pág. 402.

F. MONET ANTÓN: *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*. Conferencia del Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963. Separata. Valencia, 1967.

Universidad de Navarra, 1969), dice que ROCA SASTRE (40) trata del problema con maestría considerando imposible la constitución de servidumbre en «cosa propia» conforme a la regla *nulle rei sua servit*, y no considera aplicable para hacerlo posible la doctrina del artículo 541 del Código Civil, pues éste exige la existencia de un signo aparente. Al discutirse la ponencia, los Registradores BATALLA y ROGER defendieron la posibilidad de constituir servidumbre bajo condición suspensiva, criterio que parece sancionado actualmente por el Código Civil italiano, al admitir la constitución de una servidumbre para asegurar a un predio una «ventaja futura», si bien esta constitución no tiene efecto sino desde el día en que el edificio se construye o el edificio se enajena.

SÁNCHEZ VELASCO (41), uno de los últimos autores que sobre este punto han opinado, parte de la base de que así como el dominio y los derechos reales que sobre el mismo pesan deben ajustarse a la teoría del título y el modo en su constitución, existen ciertas excepciones a dicha norma, y así las servidumbres prediales no necesitan más que el título (artículo 537 del Código Civil), para concluir que las servidumbres sobre y a favor del edificio no construido, como pacto accesorio a otro principal, es inscribible aunque sea condicional, por aplicación del artículo 9.º, número 2 de la Ley Hipotecaria, sucediendo lo mismo con la servidumbre sobre o a favor del edificio no construido, como contrato autónomo, si en la escritura se reflejan los requisitos exigidos por el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, aunque su ejercicio y uso se realice cuando se den los presupuestos de eficacia, o sea, la construcción del edificio. Utiliza como argumento, ya apuntado por MACHADO CARPENTER (42), el artículo 546 del Código Civil, en el que se habla de «revivir» la servidumbre, si el estado de los predios permitiera usar de ella.

Respecto de las obligaciones que les afectan y que se reflejan en los estatutos, la doctrina no duda en aplicar la técnica de la Ley Hipotecaria en orden a la propiedad horizontal.

(40) J. M.ª ROCA SASTRE: *La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de las limitaciones urbanísticas*. Ponencia del Congreso Registral de 1961.

(41) H. SÁNCHEZ VELASCO: *Constitución de servidumbres en edificio a construir. Su proyección registral*. Conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca y publicada en «Revista de Derecho Notarial», 1969 (LXIII), pág. 231.

(42) Ob. cit., pág. 402.

- c) El resto de la finca matriz, constituido por ese terreno discontinuo que está destinado a formar los viales, jardines, zonas comunes, parques, secciones de deportes, etc., es preciso describirlo minuciosamente; pero en lo que no estoy de acuerdo es que ese terreno que se reserva en propiedad el urbanizador o constructor pase en su día a ser de *dominio público* en su acepción de «uso público».

Si esto sucede, desaparece, por así decirlo, el complejo que sostiene la urbanización. Todo el esfuerzo doctrinal para «tumbar» la propiedad horizontal se viene abajo, pues si los elementos comunes pasan a ser propiedad del dominio público en su cualidad de uso público, deja de tener efecto el estatuto que la regula para dar paso a las normas municipales, locales y administrativas que rigen el régimen de la propiedad. El terreno irregular, debidamente segregado, que constituye la parte común de la urbanización, al convertirse en de «uso público», plantearía el grave problema de tenerlos que desinscribir, conforme al artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, y, en consecuencia, ya no cabe hablar de servidumbres administrativas sobre terrenos de uso público. Los propietarios de las parcelas y de las edificaciones realizadas sobre las mismas ostentarían el mismo derecho sobre estos viales y jardines que cualquier otro ciudadano.

- d) La enajenación de parcelas. Como la segregación para formar finca independiente ha de hacerse en escritura pública, si se quiere plena seguridad en la adquisición para ser reflejada registralmente, sólo contemplamos los supuestos recogidos en dichas escrituras, prescindiendo del documento privado, tristemente frecuente:

- Si la enajenación es anticipada, esto es, de terrenos en proceso de urbanización, deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiera asumido en orden a los mismos, es decir, el de conseguir la calificación de solares. Su infracción da derecho a la resolución del contrato por el adquirente en el plazo de un año desde la fecha del otorgamiento de la escritura, así como a la indemnización de perjuicios y daños causados.
- Si es de terrenos ya urbanizados deberá hacerse constar la fecha del acto de aprobación y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los ad-

quirentes, las licencias municipales y la subrogación en todos los compromisos que el anterior propietario, es decir, el transferente, haya contraído con las corporaciones públicas, pues aunque esta subrogación parece imponerse coactivamente por la Ley en su artículo 71, considero decisivo hacerla constar en la correspondiente escritura pública e inscripción a efectos de desvirtuar la buena fe de un posible tercer adquirente protegido (artículos 50 y 71 de la Ley del Suelo).

Igualmente contendrá las afecciones gravámenes, derechos y sometimiento a los estatutos de la urbanización, así como el carácter de indivisible si lo fuera (artículos 43 y 78 de la Ley del Suelo).

Tanto en un caso como en otro, los Notarios y Registradores deberán exigir la licencia administrativa que autorice la parcelación o reparcelación, ya que su falta impide calificar de solares a los lotes resultantes de la parcelación o reparcelación (artículo 79 de la Ley del Suelo).

III

LA URBANIZACION EN EL DERECHO TURISTICO

La clasificación de terrenos que la Ley del Suelo aporta en su normativa se ve enriquecida, o complicada, con una nueva clase de los mismos: «*suelo turístico*». Viene así perfilado por la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964. Esta legislación, debemos anticiparlo, está en conexión con la legislación del suelo, aunque, lo mismo que ésta, tiene el gran fallo de no coordinar sus normas con las que rigen el aspecto registral inmobiliario. ALVAREZ ROMERO (43) ya advertía, al comentar la Ley, que en ella no existía ni una sola referencia al Registro de la Propiedad, pero esta ausencia—según diciendo—no supone desconocimiento de la institución, pues no era necesaria ninguna indicación especial, ya que las normas hipotecarias no se dirigen

(43) J. ALVAREZ ROMERO: *Ley sobre centros y zonas de interés turístico nacional y el Registro de la Propiedad*. Instituto de Estudios Turísticos, vol. II. Madrid, 1965 (Curso de Conferencias de Tarragona, 1964), página 97.

al contenido de las relaciones inmobiliarias, sino a su garantía y publicidad. El Reglamento hace una indicación especial en su artículo 64 a la legislación hipotecaria, aunque, como veremos, es genérica y discutible.

Con ello, naturalmente, no se agota la legislación turística en estos puntos, pues, como cita MARTÍN FORNOZA (44) en un trabajo sobre el aspecto turístico, hay que recoger la Ley de Competencia en materia turística de 8 de julio de 1963; el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas de 14 de enero de 1965; la Orden de 20 de noviembre de 1964 sobre Registro de Empresas y Actividades Turísticas; la Orden de 28 de julio de 1966 sobre ordenación turística en los campamentos de turismo; la Orden de 17 de enero de 1967 por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico no hoteleros; la Orden de 28 de julio de 1968 sobre campamentos turísticos y la de 28 de octubre del mismo año sobre Ciudades en Vacaciones, así como las que regulan el estatuto de directores de empresas turísticas, etc.

Aquí vamos a concretarnos a la primera para hacer alguna alusión marginal a otras, concretamente a la que regula las Ciudades en Vacaciones. Debemos anticipar que la finalidad de esta normativa es la ordenación turística del territorio patrio a través de la planificación y desarrollo de las zonas o centros de interés turístico nacional, conforme a preceptos precisos, pero con la suficiente elasticidad, de manera que haga posible esta declaración y la consiguiente aplicación de sus beneficios, siempre que concurren razones que así lo aconsejen. En suma, la finalidad de esta Ley es la formación de un plan de ordenación de promoción urbana (centros) o de promoción territorial y urbana (zonas) cuyo examen y aprobación, según dice BLAS PIÑAR (45), una vez dictaminado el de promoción turística, corresponde a la Dirección General de Urbanismo del Ministerio de la Vivienda (artículos 12 y 20 de la Ley y 42 y 65 del Reglamento).

MONGE SERRA (46) destaca la colaboración entre el Ministerio de la Vivienda y el de Información y Turismo, resaltándose en la Ley de Centro y Zonas Turísticas una discriminación en los planes de promoción turística que promueven, ordenan y vigilan las actividades turísti-

(44) M. MARTÍN FORNOZA: *El acto turístico. Estudio sobre un proyecto de Ley de competencias en materia turística*. Publicado en «Estudios Turísticos», núm. 1. Madrid, 1969.

(45) B. PIÑAR: *Derecho turístico inmobiliario: problemas de titularidad, documentación y servidumbres*. «Anuario de Derecho Civil», año 1966 página 315.

(46) L. MONGE SERRA: *Planteamiento urbanístico*. «Temas de Urbanismo». Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969, pág. 17.

cas, y los de ordenación urbana. DE LOS MOZOS y SAINZ DE ROBLES (47) ponen de relieve cómo la planificación turística se desenvuelve en dos fases: Plan de la Zona o Centro turístico—es decir, planeamiento turístico propiamente dicho—y Plan de Ordenación Urbana y Territorial referente al mismo. Se plantea así una duplicidad de planes, acaso innecesaria de haber meditado detenidamente que el planteamiento con vistas al turismo (protección del paisaje, monumentos, etc.) hubiera podido desarrollarse con arreglo a las disposiciones de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (artículos 2-1, c), artículos 13 y siguientes, sobre todo. Pero lo que la Ley ha querido destacar es, precisamente, la subordinación de todos y cada uno de los datos a tener en cuenta, a la finalidad turística. Por eso los Planes de Ordenación Urbana son elaborados tras la aprobación del Plan del Centro o de la Zona de «interés turístico» nacional y están completamente subordinados a las prescripciones y previsiones de éste. La Ley prevé (artículo 11,3) que cuando haya de iniciarse la confección de un plan se tenga en cuenta los ya existentes—urbanísticos, monumentales, de obras públicas—y se procure observar la oportuna coordinación; pero se advierte con claridad que el diseño de todo el texto reside, en último caso, en que el planteamiento anteriormente existente se coordine—o subordine—a la finalidad turística emprendida.

La Ley del Suelo intuyó con curiosa anticipación esta posible coordinación de legislaciones expresando formalmente la posibilidad del «fomento del turismo» en el artículo 15. También, con criterio protector para ese fenómeno que posteriormente se convirtió en masivo, decía en su artículo 69 que el suelo rústico y sus limitaciones podían tener ciertas excepciones en reconocimiento de ciertas construcciones que desarrollan «un fin turístico».

La legislación de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional maneja dos conceptos que se nos antojan amplio y restringido: la zona y el centro turístico. La zona, según el artículo 14 de la Ley y 9 de su Reglamento, comprende o puede comprender varios centros turísticos. El centro turístico o de interés turístico es «aquella o aquellas áreas delimitadas del territorio que, teniendo condiciones especiales para la atracción y retención del turismo, son, previa su declaración como tales, ordenadas racionalmente en cuanto a la urbanización, servicio e instalaciones precisas para su mejor aprovechamiento (artículos 2,1 de la Ley y 4.º del Reglamento). Para que tales centros creados o por crear sean declarados como de interés turístico se exige:

(47) J. L. DE LOS MOZOS y F. C. SAINZ DE ROBLES: *Limitaciones y modificaciones de los derechos reales inmobiliarios por razón de turismo*. «Revista de Derecho Urbanístico», año II, 1968, núm. 6, pág. 41.

- a) Tener capacidad máxima de 500 plazas en alojamientos turísticos, computándose las existentes en albergues, hoteles, *bungalows*, apartamentos o establecimientos similares.
- b) Extensión superficial «continua» no inferior a 10 hectáreas. El artículo 2.º de la Ley considera que este requisito puede ser dispensado a juicio del Gobierno en casos excepcionales.

BLAS PIÑAR (48) comenta este requisito de la continuidad diciendo que si bien en el momento de la iniciación del expediente para su declaración de interés turístico no es precisa la continuidad, sí lo es en el momento de su declaración por haberse producido una desafectación de los bienes de dominio público que impedían la continuidad o por la concesión sobre ellos de un derecho de uso y disfrute.

Pensando en un posible reflejo registral del centro como finca unitaria, la falta de continuidad no sería obstáculo que lo impidiese, pues es viable considerar que el fin turístico que anima la idea del centro supone un aglutinante análogo al de la unidad orgánica de que habla la Ley Hipotecaria. No piensa así ALVAREZ ROMERO (49), ya que dice que la hipotética discontinuidad de los terrenos de un centro sería obstáculo para su consideración unitaria, incluso a los efectos registrales, pues la afectación de los mismos al fin turístico no les dotaría de la necesaria conexión orgánica. Por ello, debemos entender que el espíritu de la Ley impide aceptar la interpretación extensiva para evitar que en los espacios intermedios de las parcelas no colindantes existan edificios, instalaciones, etc., que desvirtúen el complejo turístico del centro, que se desnaturalizaría fácilmente.

La opinión de ALVAREZ ROMERO es anterior a la publicación del Reglamento, y en éste parece prevalecer su criterio, pues el artículo 5.º, b), exige que la extensión superficial sea «continua»; pero no debemos olvidar que esta circunstancia puede dispensarse para el Gobierno en casos excepcionales y que, conforme al Reglamento citado, hay que demostrar el estado y la situación jurídica de los terrenos, indicando las «áreas propias», las «aportadas», las de «posible expropiación», las «propiedades públicas», las «servidumbres», etc. (artículo 25, c)), lo cual parece indicar que la superficie no necesita ser continua, destruyéndose así el pretendido espíritu legislativo, que

(48) Ob. cit., pág. 318.

(49) C. J. ALVAREZ ROMERO: Ob. cit., pág. 102.

tampoco aparece muy claro cuando se habla de «áreas delimitadas». Entiendo que el sistema de «enclaves» pertenecientes a particulares, a zonas públicas, etc., permite alterar esa superficie que se exige sea continua, dificultando así la creación de estos centros. La opinión de BLAS PIÑAR nos parece más ajustada a la normativa.

- c) No estar incluidos en los «cascos urbanos» (frase parecida a la legislación arrendaticia rústica, que habla de «núcleos urbanos», artículo 2.º del Reglamento de 29 de abril de 1959) y que aclara el artículo 7.º del Reglamento especial de Centros y Zonas turísticas, diciendo: «Se entenderá por casco urbano el área comprendida por los sectores urbanizados, a medida que la construcción ocupe dos terceras partes de la superficie de cada polígono.» No obstante, esta exigencia tiene las excepciones que señala el artículo 2.º de la Ley en su párrafo 3.º: cuando topográfica o geográficamente aparezcan delimitados y cuando se trate de conjuntos monumentales o de sectores históricos o artísticos.
- d) Cuando el solicitante de la declaración de Centro o Zona de Interés Turístico Nacional sea un promotor de obras, instalaciones o servicios de carácter turístico, tiene que probar que «dispone o puede disponer» de terrenos necesarios a los fines de la expresada declaración (artículo 7,3 b] de la Ley), mediante la presentación de los títulos de propiedad a su favor, opciones de compra o documento fehaciente suscrito por los titulares de los terrenos autorizando su disposición (artículo 23 del Reglamento), añadiendo el artículo 25 que se detalle el estado y situación jurídica de los terrenos, indicando las áreas propias, aportadas, de posible expropiación, propiedades públicas, servidumbres, etc. Por su parte, el Modelo 8-1 que inicia el expediente exige la constatación de los terrenos y hectáreas en propiedad, aportación, en trámite de adquisición, en solicitud de uso y disfrute, en posible expropiación.

ALVAREZ ROMERO y BLAS PIÑAR (50) afrontan el estudio de la justificación de esta titularidad dispositiva y van solucionando la serie de problemas que presenta (necesidad de consentimiento «uxoris», casos de indisponibilidad objetiva, prohibiciones de disponer, etc.), para concluir, y en eso estoy con

(50) Ob. cit., págs. 322 y 102, respectivamente.

ellos, que es preciso que las escrituras públicas de dominio, las de opción, las de constitución de gravámenes (como el derecho de superficie), etc., estén debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, acompañando a las mismas una certificación registral de la libertad de cargas, sin que sea suficiente la escritura con la nota de la inscripción. Si la urgencia de la declaración del interés turístico lo exigiese, podría condicionarse la declaración a la previa inscripción registral.

Aparte de estos problemas de titularidad brevemente resumidos, citaré otros dos que a mi juicio se presentan en la contemplación del centro de interés turístico en relación con el Registro de la Propiedad:

a) *Inscripción del Centro de Interés Turístico*

¿Se puede inscribir el centro como finca independiente? Hemos visto que el mismo está formado por un conjunto de fincas sitas dentro de un área delimitada con una superficie que el Reglamento exige sea «continua» y sometidas a una ordenación urbana. Por previa agrupación de todas las fincas inscritas componentes del posible centro turístico, puede formarse una finca que se identifique con el centro a semejanza de lo que ocurre con lo que hemos definido como «urbanizaciones».

Los posibles inconvenientes jurídicos que para la agrupación pueden presentar los bienes de dominio público (playas, montes, ríos, etc.) o los de dominio particular existentes en el área del centro turístico creo que deben ser salvados, a pesar de la exigencia de continuidad especificada por el Reglamento, a base de la técnica de los «enclaves» utilizada por la legislación de montes y que permite constatar los derechos enclavados sobre los cuales, en su día, puede autorizarse la constitución de un derecho de superficie, una concesión de uso y disfrute o la posible expropiación de los terrenos cuando, conforme al artículo 87, 3, f) del Reglamento, los propietarios de los terrenos no hubieran seguido o emprendido a ritmo normal las obras necesarias para su utilización, conforme al Plan de Ordenación.

Admitiendo esta inscripción unitaria del centro como finca independiente, podría darse cumplimiento registral con plena efectividad a la mención que es preciso realizar por Notarios y Registradores en la enajenación ulterior que se haga de fincas rústicas o urbanas, sitas dentro del centro, de que las mismas quedan sujetas a las limitaciones y beneficios que comporte la declaración del centro de interés turístico (artículo 74 del Reglamento).

Puede plantear cierto problema registral el hecho de que el centro se encuentre situado en el territorio de dos o más provincias. El Reglamento no sólo prevé este caso para el supuesto de zona turística (artículo 14, 2, b), sino que también para el centro especifica el supuesto (artículo 24, 1). Entiendo que debe seguirse en estos casos la técnica registral de una inscripción principal y otra u otras de referencia al estilo de la normativa reglamentaria de los artículos 60 y siguientes referente a las concesiones de ferrocarriles, minas y obras públicas. Así como para determinar el Registro competente en esos casos se utilizaba el criterio de el «registro a que corresponda el punto de arranque» (artículo 60) o el que corresponda «a la situación del punto de partida para la designación de rumbos» (artículo 67), aquí creo que puede entenderse resuelta la competencia registral para reflejar la inscripción principal a favor de aquel Registro en cuyo distrito hipotecario «radique la mayor superficie del área», conforme resuelve el artículo 24, 1 del Reglamento en orden a la presentación de solicitudes. Realmente es la misma solución que da la Ley Hipotecaria en el artículo 210, 1 en su tercer disyuntiva (51).

b) *Inscripción de las enajenaciones posteriores*

Así como el Reglamento exige una superficie *continua* para la declaración de Centro de Interés Turístico, luego admite que la misma deje de ser continua al permitir la enajenación posterior de las fincas rústicas o urbanas en que, por motivo de la ordenación, se hubiera dividido o parcelado el Centro. Realmente, más que permitir, lo que hace es presuponer la enajenación en el artículo 64 del Reglamento y a los efectos que indica.

Para que la enajenación y consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad pueda llevarse a cabo deben observarse los siguientes requisitos:

- Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Suelo, pues no hay que olvidar que en el Plan de Ordenación

(51) Otra repercusión que la legislación de centros y zonas turísticas puede tener en orden al Registro de la Propiedad es la posible prohibición o restricción de edificaciones en el centro o zona turística que se pretende declarar hasta la aprobación del respectivo plan de ordenación. Estas restricciones o prohibiciones no podrán tener una duración de más de seis meses y su publicidad minuciosa en el «Boletín Oficial del Estado» hace inútil su constatación registral. En este sentido pueden verse los arts. 8,1 de la Ley y 28 y 29 del Reglamento.

urbana debe redactarse con arreglo a lo dispuesto en esa Ley, ya que así lo dice el artículo 42 del Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico.

- Licencia administrativa de parcelación, reparcelación y obra nueva conforme a los artículos 79 y 165 de la Ley del Suelo.
- Sometimiento a las limitaciones y beneficios que comporte la declaración de Centro de Interés Turístico (artículo 64 del Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico).
- Constatación del carácter indivisible caso de que en la finca que se enajene recaiga esa nota.

No obstante, urge advertir que la declaración de interés turístico del Centro o de la Zona lleva aparejada una serie de efectos; entre los que ahora interesan es el otorgamiento de las licencias administrativas que se soliciten, las autorizaciones que procedan en ciertos casos y la autorización a favor de extranjeros para la adquisición de esos bienes conforme a las Leyes de 1935 y 1962. Así resulta del artículo 62 del Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico, y del cual parece deducirse que no cabe, en estos casos, por parte de las autoridades que deben autorizar esos actos pronunciarse en sentido negativo: la declaración de interés turístico comporta la autorización si se solicita (52).

c) *«Ciudades en vacaciones o poblado en vacaciones»*

Otra de las normas que en el ordenamiento turístico debe ser tenida en cuenta, en sus relaciones con el Registro de la Propiedad, es la que regula las llamadas «Ciudades de vacaciones o poblados de vacaciones» (según Orden de 28 de octubre de 1968). La ciudad o el poblado de vacaciones es considerado como un todo o como una unidad orgánica y clasificado como establecimiento o establecimientos de empresas turísticas a los efectos administrativos correspondientes.

(52) También debe tenerse en cuenta el artículo 38 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 del Plan de Desarrollo, en la cual se dice: «Aquellos proyectos de hoteles o urbanización y centros turísticos en general, cuya realización sea aprobada por el Ministerio de Información y Turismo, llevarán anexos el otorgamiento de la autorización a que se refiere el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 para la adquisición de fincas rústicas por extranjeros en cuantía superior a la establecida por el mismo, como también el otorgamiento de la autorización para la adquisición de bienes por extranjeros, exigida por la Ley de 23 de octubre de 1935, sin perjuicio de las servidumbres establecidas y de las competencias específicas que las afectan.»

La ciudad o el poblado de vacaciones, desde el punto de vista registral, debe ser considerado como una finca sujeta a una urbanización interior con su reglamento correspondiente. No otra cosa cabe deducir de las condiciones que establece el artículo 15 de la citada Orden:

- Cerramiento por accidentes naturales o artificiales de toda el área que la ciudad o el poblado comprenda.
- Un 15 por 100 de zonas verdes.
- Edificaciones que no podrán exceder de la tercera parte del área total.
- Viales sólo utilizables por pequeños vehículos de servicio interior.
- Otras condiciones sobre dependencias, instalaciones urbanísticas.

Deslindamos brevemente los dos problemas que a nuestro juicio puede plantear la inscripción de dichas entidades:

1. *Inscripción de la constitución de la ciudad o el poblado.*

Creo que la inscripción debe ser única para esta especie de finca que cabe considerarla como una físicamente o formarla jurídicamente como tal, a base de sucesivas agrupaciones de las parcelas correspondientes. La titularidad que no puede ostentarla ni corporación ni organismo público, debe corresponder a personas naturales o jurídicas, incluidas las extranjeras, aunque el problema es si éstas pueden o no llegar en su participación al cien por cien que autoriza el Decreto de 18 de abril de 1963 (53).

En dicha inscripción se irán haciendo constar las obras realizadas, las zonas verdes, los viales y demás elementos, y, como para hacerlo constar es preciso que se respeten las normas y los límites que éstas imponen, la inscripción queda supeditada a su cumplimiento.

(53) El artículo 10 de la ordenación normativa de las ciudades en vacaciones atribuye carácter de «Establecimientos de Empresas Turísticas» a dichas ciudades, quedando, por tanto, incluidas en el Decreto de 14 de enero de 1965, que aprueba el Estatuto Ordenador (arts. 1.º y 2.º). No obstante, este Decreto califica específicamente en el art. 3.º a las ciudades en vacaciones como «Alojamientos Turísticos», lo cual, a mi entender, no impide que se trate de empresas turísticas. La inclusión en el Registro de Empresas (O. de 20-11-1964) de estas ciudades en vacaciones viene permitida en el art. 6.º, letra c). Si, conforme a todo ello, estamos ante una empresa y ésta puede ampararse en lo que el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 18 de abril de 1963 denomina «construcción, ampliación y explotación de hoteles», es casi evidente su aplicación, apoyada incluso en la disposición final de la Orden de 28 de octubre de 1968 sobre ciudades en vacaciones, a las que se aplican, en lo no previsto, «las disposiciones vigentes en la industria hotelera».

2. *Inscripción de la enajenación posterior.*

Aquí no cabe la transmisión de parcelas como en el centro o zona turística. Cabe únicamente la transmisión de titularidad de la Ciudad de Vacaciones por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (artículo 8.º de la Orden citada). Pero para que pueda continuarse la industria se impone el cumplimiento de lo que dispone el artículo 10 del Decreto de 14 de enero de 1965 sobre el estatuto ordenador de las empresas y de las actividades turísticas privadas. En dicho artículo se exige una comunicación de la transmisión al Ministerio de Información y Turismo, un anuncio del cambio en dos diarios de la provincia y el acompañamiento de un ejemplar de los mismos a la comunicación. No obstante, creo que todos estos requisitos administrativos en nada impiden la inscripción registral del cambio de titularidad, pues su incumplimiento no se sanciona con nulidad y la autorización administrativa puede incluso llevarse a cabo en virtud del silencio administrativo.

Podría hacerse otra serie de pequeñas consideraciones en orden a las disposiciones que regulan esta ordenación turística, pero su exposición haría interminable estas notas, y, de otra parte, los problemas que quedan son de matices.

IV

LA URBANIZACION PRIVADA

El epígrafe no responde claramente a la idea que preside nuestra sistematización, pues hasta ahora no hemos hecho más que hablar de urbanizaciones privadas, pero aprisionadas por los posibles planes de ordenación o turísticos. Ahora nos vamos a referir a esas urbanizaciones creadas o por crear en aquellas zonas donde no existe plan de ordenación alguno y donde, como antes vimos, los terrenos se clasifican únicamente en rústicos y urbanos. A pesar de que son muchos los problemas que podrían tocarse, vamos sólo a presentaros tres, que se nos antojan importantes.

a) *Posibilidad de la urbanización privada.*

En aquellos municipios donde no existe plan de ordenación entra en juego en la regulación de la propiedad el Código Civil español y

esa serie de normas administrativas complementarias de todos conocidos, pero no en la Ley del Suelo. Por ello estimo que sobre cualquier clase de terreno puede constituirse la urbanización, aunque sujetándola a diversas normas de inevitable cumplimiento, aun cuando su posible violación pueda no repercutir en la validez del acto realizado.

Quiero destacar cómo dos urbanistas, ORTS SERRANO y GONZÁLEZ BERENGUER (54), llegan a la misma idea. La cita del segundo la hago a través del primero. En el suelo urbano de los lugares donde no hay plan se puede construir sin las limitaciones del artículo 69 de la Ley del Suelo y sin guardar el plan, partiendo de la base de que el terreno sea «solar». Por otra parte, es de aplicación el artículo 21 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, que admite la concesión de licencias de edificación, aunque aún no existan los servicios esenciales, «si simultáneamente el edificador urbaniza». «Creemos—dice el primero de ellos—que el artículo 67 de la Ley del Suelo es lo suficientemente explícito para no ser necesario acudir al aludido artículo 21 del Reglamento de Servicios, toda vez que señala las condiciones para edificar en el suelo urbano que considera aplicable, tanto si hay como si no hay plan general aprobado.»

Como ningún Ayuntamiento puede llevar a cabo obras de urbanización o autorizarlas mientras no tenga aprobado el plan general de ordenación urbana, no pueden utilizarse los sistemas de actuación establecidos en la Ley del suelo, y ello, como tenemos apuntado, pone en entredicho la vigencia de dicha Ley. VALDÉS MÉNDEZ (55) considera que los municipios que no tengan aprobado su plan de ordenación, los proyectos de obras de urbanización y saneamiento que se realizan por sus Ayuntamientos deben ser regulados en su ejecución por las normas de la Ley de Régimen Local y disposiciones reglamentarias en vigor, por aplicación de la disposición transitoria undécima de la Ley. De ello resulta la existencia de dos regímenes, según la clase de obra que se proyecte y el municipio que en la misma se realice.

«Con base en lo expuesto—dice ORTS SERRANO—, es preciso considerar que deben regirse por la legislación local los proyectos de obras municipales ordinarios en todos los municipios y los proyectos de urbanización y saneamiento en los municipios que carezcan de planes de

(54) J. ORTS SERRANO: *La cooperación como sistema de actuación en la ejecución de planes urbanísticos*. Ministerio de la Vivienda, 1966, página 28.

J. L. GONZÁLEZ BERENGUER: *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*. Editorial Abella. Madrid, 1964, pág. 74.

(55) D. VALDÉS MÉNDEZ: *Reglamentación de las obras municipales*. Edición del Ministerio de la Gobernación. Secretaría General Técnica. Madrid, 1964, pág. 29.

ordenación urbana, y, en cambio, deben regirse o regularse por las normas de la Ley del Suelo todas las obras de urbanización y saneamiento que se ejecuten por los Ayuntamientos de los municipios donde exista plan de ordenación debidamente aprobado.»

Aparte de estas normas a las que conduce la legislación del suelo en técnica redacción, se hace preciso recordar otras dos importantes a tener en cuenta para el urbanizador privado:

1. Una, es la contenida en el Decreto de 11 de junio de 1964 sobre construcciones clandestinas, que, aunque en estrecho maridaje con la Ley del Suelo, cita en forma general como clandestina la edificación realizada sin licencia municipal de construcción (artículo 1, c), y no sanciona como «nula» la hecha sin tal licencia, pues lo único que hace el Decreto es imponer responsabilidades administrativas, multas, clausura del edificio, demolición del mismo o su inclusión en el Registro de Solares y, en su caso, expropiación.

También se impone como sanción la prohibición de cederse bajo cualquier forma de contrato para ser destinadas a alojamiento de personas. Esta prohibición se contradice un tanto con la sanción de la clausura del edificio, que sólo se impone cuando no proceda legalmente ni sea posible dotar a las viviendas o alojamientos de las condiciones mínimas establecidas en la Orden de 29 de febrero de 1944. Si es posible dotarlas de esas condiciones mínimas, parece que podría autorizarse su cesión. La demolición, de otra parte, sólo procederá cuando se infrinja un plan general o parcial de ordenación o se violen las ordenanzas municipales de construcción.

Es necesario advertir que este Decreto sólo rige en las capitales de provincia y poblaciones de más de 50.000 habitantes, facultándose al ministro de la Vivienda para extenderlo por Orden ministerial a otras localidades (56).

2. Otra, es la legislación sobre unidades mínimas de cultivo y explotaciones familiares que establecen la unidad indivisible respecto de los predios rústicos. Esta legislación, compuesta por la Ley de 15 julio 1954 (adicionada por los Decretos de 23 marzo y 22 de septiembre de 1955) y Ley de 14 de abril de 1962, prohíbe la enajenación y división de parcelas inferiores a la unidad mínima, pero los actos que infrinjan la prohibición no

(56) Ver art. 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, conforme al Decreto de 7 de junio de 1955.

son nulos—salvo en las zonas concentradas—, dando lugar a un derecho de retracto a favor de los colindantes o al derecho de expropiación a favor del Ministerio de Agricultura.

No es posible detenerse en el examen minucioso de esta legislación, pues esto se haría eterno para los sufridos lectores. Aparte de ello, toda la problemática hipotecaria se centraliza en la precisión de si el acto es nulo, anulable, ineficaz o simplemente sancionable. De la conclusión a que se llegue se podrá o no admitir su inscripción.

b) *Forma en que debe reflejarse registralmente.*

SAPENA TOMÁS (57), a quien sigue MONTOLIO (58), en una ponencia sobre el tema reducen la problemática de la urbanización en su proyección registral, a la que plantean los elementos secundarios de la misma, esto es, los viales, suministro de agua, electricidad, gas, tendido eléctrico, campos de deporte, piscinas, jardines, salas de espectáculos, etcétera. Las soluciones que se dan son las siguientes:

- Reserva de ellos por el promotor, que, en la descripción del resto de la finca, se verá propietario de esos elementos, y como tal podrá especular en su día con ellos.
- Atribución de ellos en régimen de condominio a los titulares de cada una de las parcelas formadas en la urbanización, que, al enajenar su parcela, enajena su cuota sobre dichos elementos.
- Atribución a una sociedad civil formada por los propietarios de cada una de las parcelas independientes.
- Formación de una cooperativa, aunque su creación se vería limitada a las viviendas protegidas.

ALVAREZ ALVAREZ (59) y los dos autores antes citados, así como la realidad práctica de la vida registral, concluyen por encauzar esta forma de propiedad a través de la figura de la propiedad horizontal, es decir, se procede, como dice SAPENA, a «tumbiar» la propiedad horizontal, aun reconociendo sus dificultades y las variantes que existen entre esta forma de manifestarse la propiedad y la que supone la horizontalidad de la misma.

(57) J. SAPENA TOMÁS: *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*. «Revista de Derecho Notarial», núm. 57-58, 1967, pág. 63.

(58) J. MONTOLIO GARCÍA: Ponencia presentada en el coloquio del día 20 de marzo de 1969 bajo el nombre *Estructura jurídico-privada de urbanizaciones*.

(59) J. L. ALVAREZ ALVAREZ: *El título constitutivo de la propiedad horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado, t. II, pág. 429.

Aunque lealmente hay que confesar haber utilizado ese cauce, pienso que puede existir otro, y creo que merecería la pena buscarlo. Si nos hemos acogido por criterio de mayor semejanza—utilizando el método analógico—a la propiedad horizontal, ¿por qué no acudimos a las figuras de las comunidades de aguas reguladas en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario? Pensad que cada parcela dentro de la urbanización es una finca independiente, pero que el resto de la finca, después de las segregaciones realizadas, es una especie de caudal de agua utilizable por todos los componentes de esa especie de heredad que forma la urbanización. VALLET DE GOYTISOLO (60) ha defendido el contenido reglado del condominio querido como un todo unitario y con acceso al Registro. La posibilidad, por otra parte, de la petición de división se salvaría con cláusulas de renuncia a la disponibilidad de la cuota, y, para el caso de autorizarse mayoritariamente esa disposición, se establecería un derecho de adquisición preferente no sólo referido a la cuota que le pertenece en el resto de la finca, sino a la finca en sí misma considerada, es decir, a su parcela. Me limito, como es lógico, a apuntar la idea sin posible desarrollo en estos estrechos límites.

c) *Ciertos límites a tener en cuenta.*

Hemos dicho anteriormente que nuestro servicio público se realiza al borde del mar, y es precisamente cerca del agua donde la urbanización con fines turísticos se desarrolla y prospera. Decía SANZ PAREJA (61) que son numerosas las urbanizaciones que, dirigidas al turismo como fin primordial, se están llevando a cabo en España. Solamente en las islas Baleares hay más de 60 en este momento ejecutándose, y casi todas ellas en la costa, como es natural. El turismo extranjero viene en su mayor parte buscando sol y mar, mar caliente, por supuesto, y esta es la razón de que casi la totalidad de estas construcciones estén ubicadas en las costas del Mediterráneo y las islas Canarias.

Sin perjuicio de que la urbanización presuponga una serie de limitaciones tradicionales impuestas por razón de las zonas militares, zonas polémicas y las que puedan derivarse de la ordenación urbanística, de

(60) J. VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XIV, pág. 318.

(61) E. SANZ PAREJA: *Urbanizaciones turísticas en el litoral y la zona marítimo-terrestre*. Instituto de Estudios Turísticos. Curso de Conferencias de Tarragona, 1964, vol. II, pág. 163.

la defensa del paisaje y de las bellezas naturales, podemos destacar, al borde del mar, las que inciden como consecuencia de la zona marítimo-terrestre, regulada actualmente por la Ley de 26 de abril de 1969.

Me fijo en esta disposición por ser de actualidad. La urbanización, como es natural, no puede invadir ni lo que la Ley llama playa (las riberas del mar o de las rías formadas por arenales o pedregales en superficie casi plana, con vegetación nula o escasa y característica), ni la zona marítimo-terrestre (espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean. Esta zona se extiende asimismo por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles a las mareas), ya que se trata de bienes de dominio público, como igualmente lo son los terrenos que se unen a la zona marítimo-terrestre por accesiones o aterramientos producidos por causas naturales.

Por ello, uno de los límites que la urbanización puede tener cuando linda con la costa no es el mar, sino la zona marítimo-terrestre. SANZ PAREJA se hace eco de ello al decirnos que muchas escrituras dicen que una finca «linda con el mar» y el propietario, considerando que esto se refiere a cuando el mar está en calma, cree por ello que la playa es suya. La realidad es que linda con el mar, pero cuando éste experimenta las máximas mareas o las mayores olas de los grandes temporales, es decir, con la zona marítimo-terrestre, en una palabra. No obstante, la Ley de Costas vigente, en su artículo 4.1, dice que los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y colindantes con esta última «o con el mar»...

SANZ PAREJA plantea problemas de la antigua zona marítimo-terrestre, conforme a las mareas que en el año 1880 llegaron a ser las mayores. Lo mismo podría decirse de las mareas mayores que a partir de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 surgieron. Al ser derogadas todas estas disposiciones por la Ley de 1969, es preciso cumplir la obligación de deslinde que el artículo 6.º de la Ley impone y que debe concluirse en el plazo de cinco años desde la promulgación de la misma. El deslinde, de una parte, y la servidumbre de paso que sobre los terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre establece el artículo 4.1 de la citada Ley, de otra, provocan estas conclusiones limitativas:

- Por lo que se refiere a la servidumbre de paso (aparte de las de salvamento y de vigilancia del litoral), exige dejar una vía permanente de acceso a las playas y zona marítimo-terrestre, de longitud y anchura que demanden su naturaleza y finalidad. Se exige para el establecimiento de esta servidumbre la «indemnización»

correspondiente (artículo 4,7 de la Ley), siendo competente el Ministerio de Obras Públicas, mediante la previa información del de Información y Turismo y de los Ayuntamientos interesados (artículo 10,7).

- Por lo que se refiere a los deslindes, éstos no pueden perjudicar en lo que afecte a la toma de posesión a los terceros amparados en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Durante el período de cinco años, mientras dura el deslinde el Registrador que inscriba bienes o derechos sitios en playas y zona marítimo-terrestre dará cuenta al Ministerio de Obras Públicas del asiento practicado, remitiéndole certificación literal del mismo, circunstancia que debe hacerse constar por nota marginal y al pie del título.

Esta última obligación plantea una serie de problemas, como es el de si dicha comunicación debe hacerse directamente al Ministerio o a la Jefatura de Obras Públicas de la provincia y de si la misma procede sólo en los casos de inmatriculación (lo cual, por razones de analogía con la legislación de montes, es la que mantengo) o en los demás casos. Pensar que la certificación que debe remitirse debe ser *literal*, como dice la Ley textualmente, es dificultar enormemente la marcha del Registro, pues creo que sobra y basta con la literalidad de una descripción, siendo concisa en todo lo demás.

La playa, al borde de la urbanización, está sujeta a las disposiciones municipales que sobre policía de moralidad, higiene, salubridad, ornato y limpieza se dicten por el respectivo Ayuntamiento, así como a las explotaciones de servicios que no requieran concesión y que pueden realizarse por gestión directa o mediante convenio con los particulares, manteniendo, en todo caso, el uso público de la playa (artículo 17 de la Ley).

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.
Registrador de la Propiedad

Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración

SUMARIO: I) *El consentimiento. Concepto y clases.*—II) *Derecho español: El consentimiento en su aspecto sustantivo. Su encuadre en el más puro Derecho civil:* A) El consentimiento extrarregistral y la inscripción constitutiva. B) Los documentos privados ante el Registro: examen del párrafo final del art. 166 del Reglamento Hipotecario. *Consecuencias: El consentimiento sustantivo no se adapta a nuestro sistema hipotecario.*—III) *El consentimiento formal en el Derecho hipotecario patrio. La amplitud de ciertas posiciones doctrinales.* A) Las modificaciones de entidades hipotecarias. B) Las hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas. C) El consentimiento ante la cancelación. ¿Recoge el art. 82 de la Ley Hipotecaria una manifestación del consentimiento formal? a) Una posición tradicional. b) Una nueva orientación.

I

EL CONSENTIMIENTO

CONCEPTO Y CLASES

El consentimiento, elemento esencial del negocio por cuanto enlaza el sujeto con el objeto para la consecución de los fines perseguidos por los interesados, «se manifiesta—dice el art. 1262 del C. c.—por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Nacido fuera del Registro, llega a él plena-

mente formado, y, por ende, mal podrá hablarse de un principio hipotecario de consentimiento, como no sea para indicar que requisito indispensable de la registración ha de ser la plena y anterior existencia de un acto jurídico creado por el consentimiento libremente prestado. No existe, pues, en nuestro Derecho más que un consentimiento: el que da vida al acto jurídico inscribible.

En cambio, en Derecho germánico el consentimiento se enlaza con el Derecho Hipotecario mediante las dos modalidades reconocidas: consentimiento en su modalidad sustantiva y consentimiento en su modalidad formal.

En opinión de SANZ FERNÁNDEZ (1), el consentimiento sustantivo del Derecho germánico consiste en la necesidad de que para transmitir el dominio concurren las voluntades del que transmite y del que adquiere, dirigidas, previa y exclusivamente, a producir la transmisión con independencia de la causa que la origina, aunque se guida de la inscripción.

«El consentimiento formal consiste—dice SANZ—en la declaración formal del titular registral tendente a modificar un asiento del Registro independientemente de que se produzca o no una modificación jurídico-real.»

Con la claridad en ellos acostumbrada, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULIDA explican (2) la distinta significación que en Derecho germánico tienen ambas especies de consentimiento:

- a) Para adquirir la propiedad, como para cualquier otro cambio real, es preciso que transmitente y adquirente se pongan de acuerdo en la transferencia o mutación real. Este es el consentimiento en su aspecto sustantivo. Empero, tal consentimiento recae exclusivamente sobre la transferencia, pero no sobre la causa de ella. Lo indispensable y suficiente es que el transmitente debe querer transmitir y el adquirente querer adquirir, importando poco, a efectos de la transmisión, que aquél piense que vende la cosa y éste que se la donan. Esto es, la causa resulta irrelevante. A pesar de ello, el consentimiento así producido no basta para transmitir la propiedad como no vaya seguido de la inscripción, excepción hecha de las mutaciones reales no negociales o las transmisiones *mortis causa*, que se realizan sin necesidad de inscripción (aunque si el adquirente quiere disponer de la cosa o derecho obtenidos por tales títulos deberá inscribir a su favor para poder después inscribir y, en consecuencia, lograr la transmisión a favor de un tercero).

(1) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, página 3.

(2) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, página 36.

- b) El consentimiento sustantivo (independiente del negocio causal antecedente), seguido de la inscripción, son, pues, elementos indispensables de la mutación real. Esto así, lo que lógicamente debería hacerse constar en la inscripción es la transmisión operada de una persona a otra (aunque no se especifique si es por venta o por donación). Al Registro debería acceder, por tanto, el título en que se constataste tal consentimiento abstracto; pero no ocurre así, toda vez que lo registrable es la *declaración hecha por el titular registral, que ha de resultar afectado por consecuencia de la nueva inscripción, consintiendo en que se practique el nuevo asiento a favor de un tercero*. No se trata de un acto jurídico revelador de un consentimiento, por muy abstracto que fuere; se trata simplemente de una declaración unilateral dirigida al Registro recayente, no sobre la transmisión, sino sobre la rectificación del Registro, consintiendo en que ésta tenga lugar mediante la nueva inscripción. Es el consentimiento formal.

Debe admitirse, no obstante, que en casos particulares y, sobre todo, en el de transmisión de la propiedad se requiere, para inscribir, el acceso al Registro del acuerdo entre el antiguo y el nuevo titular.

II

DERECHO ESPAÑOL: EL CONSENTIMIENTO EN SU ASPECTO SUSTANTIVO

SU ENCUADRE EN EL MÁS PURO DERECHO CIVIL

En razón a que los requisitos del negocio jurídico se producen fuera del Registro, hemos de convenir en que el nacimiento del derecho tiene lugar extrarregistralmente (salvo cuando la inscripción fuere constitutiva) e, incluso en ocasiones, extranotarialmente (excepto cuando la forma notarial revista caracteres de solemnidad esencial). Sólo cuando la forma notarial o la registración sean elevadas a la categoría de requisito constitutivo es cuando puede sustentarse la tesis de que el derecho nace a la vida con el indispensable concurso de la forma notarial o de la inscripción.

A pesar de todo, en tales supuestos de forma o registración constitutivas, ni la escritura pública constituye, altera o condiciona el consentimiento, el objeto o la causa, ni tampoco la inscripción:

- Ante el notario se produce el consentimiento, pero no es creado por él, sino por las partes. El autorizante no hace más que dar fe de que ante él surgió ese consentimiento originado por una voluntad libre y consciente, y que, encaminada a la reglamentación válida y futura de los intereses privados puestos en juego, crea el negocio jurídico. La actuación del notario tiene el mismo significado que en las escrituras no constitutivas; pero es la Ley la que, exigiendo forma pública para tal consentimiento, evita la existencia de otro consentimiento fuera de la forma predeterminada.
- Ante el Registro, tanto el objeto como la causa, como el consentimiento, vienen ya formados, y el registrador ni siquiera presencia la formación de este último. Es también la Ley la que, requiriendo una inscripción con carácter constitutivo, impide el nacimiento del derecho fuera de los cauces registrales, ni aun *inter partes*.

En uno y otro caso se trata de una superación de la prueba de los negocios jurídicos (3). Ni entre las mismas partes puede admitirse un consentimiento producido en forma diferente de la exigida ni un derecho nacido fuera de la inscripción constitutiva. El problema procesal de la prueba ha sido superado. Pero distingamos algo más:

- 1.º Con la escritura pública no constitutiva, la prueba se supera frente a terceros, pero sólo respecto al hecho que motiva su otorgamiento y a la fecha de éste (art. 1218 del C. c.), y ello en razón a que el otorgamiento supone la expresión formal del consentimiento y el notario da fe de que ante él y en una fecha determinada los interesados consintieron. Ciertamente, esos dos aspectos resultarán irrefutables, pero no los demás que no fueron cubiertos por la fe pública (la titularidad, las cargas, no pueden afectar a tercero, ya que el notario no da fe de su existencia). Si a esa escritura se le añade la registración posterior del acto jurídico que contiene, la prueba frente a terceros queda superada de un modo más amplio: la fe pública registral cubre la titularidad, cubre las cargas, los condicionamientos, las limitaciones. Pero no porque el consentimiento de las partes se haya transformado en principio hipotecario, sino porque la Ley atribuye a la inscripción (por muy declarativa que sea) una jerarquía superior en materia de pruebas frente a tercero. Por eso:

- Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.º de la L. H.).

(3) Recogemos aquí, aunque algo alteradas, opiniones inéditas de TIRSO CARRETERO.

- Lo no inscrito no puede oponerse frente a lo inscrito (art. 32 de la L. H.).
- La inscripción practicada con los requisitos marcados por el artículo 34 mantiene a su titular aunque se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas no registradas (art. 34 de la L. H.).

2.º Con la escritura y la inscripción constitutivas la prueba se supera no sólo frente a terceros, sino incluso entre los mismos contratantes: lo no otorgado en escritura pública o no inscrito no puede probarse frente a nadie porque no existe. El problema de prueba ha desaparecido, convirtiéndose en problema de existencia o inexistencia. En una donación de bienes inmuebles no puede admitirse más consentimiento que el prestado en escritura pública; cualquier otro subyacente constatado en documento de inferior categoría no existe y no podrá ser probado, en consecuencia. De igual modo, la hipoteca no inscrita (por muy válido que sea el acto jurídico contenido en la escritura) no podrá ser probada frente a nadie como pretendido derecho real, por cuanto sin inscripción el derecho real de hipoteca no nace.

No obstante, no se agotan aquí los problemas del consentimiento como nacido fuera del Registro cuando el acto jurídico por él creado accede a la inscripción. Podemos citar los siguiente:

A) *El consentimiento extrarregistral y la inscripción constitutiva*

Como decíamos antes, en Derecho germánico, regulador de la inscripción constitutiva, se requieren dos consentimientos: uno sustantivo entre las partes que intervienen en la transmisión o en la mutación real, y otro formal dirigido al Registrador por aquel que ha de resultar perjudicado por la nueva inscripción, consintiendo expresamente que se efectúe a nombre de otro.

Ahora bien: en nuestro Derecho las cosas se producen de otro modo. Por muy constitutiva que fuere la inscripción, el consentimiento tiene lugar fuera del Registro (aunque no se trate de un consentimiento sustantivo, como el germánico, ya que en éste la independencia de la causa que lo origina supone una trascendental diferencia con el del Derecho patrio). En Derecho español es el consentimiento uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico, pero no el único; sus relaciones con la causa son fundamentales, mas tanto el uno como la otra nacieron a la vida jurídica extrarregistralmente. Nacidos así, no se requiere nuevo consentimiento ante el Registrador para lograr la inscripción,

ya que ésta se practica mediante presentación al Registro de un título público continente de un acto jurídico válido que, a su vez, ha sido creado por un consentimiento legítimo y fundamentado en una causa verdadera y lícita. El acto jurídico ha surgido, pero sin contener un derecho real, ya que éste ha de nacer con la inscripción.

Esto así, si proclamamos—como tradicionalmente se viene haciendo—que al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales inmobiliarios y no los actos jurídicos de trascendencia registral, ¿no estaremos incurriendo en una contradicción, toda vez que el título que llega a la inscripción lo más que puede contener es un derecho personal que sólo adquirirá existencia real con la inscripción?

Pensemos en la hipoteca.—En el título que al Registro se presenta no se dice que el deudor haya recibido tal cantidad de dinero y en razón de esa percepción consienta expresamente en la constitución posterior de la hipoteca para cuando tenga lugar la inscripción, no. Lo que la escritura dice es algo muy diferente: el deudor, en el acto del otorgamiento, *constituye hipoteca* sobre la finca descrita (desde ahora, no para luego). Entonces, ¿cuándo queda, en verdad, constituida: en el acto del otorgamiento, o en el de la inscripción?

Si la hipoteca nace con la escritura pública, ¿qué sucede con la tan cacareada inscripción constitutiva?

Si, por el contrario, nace con la inscripción, ¿cómo nos atrevemos a decir que al Registro sólo acceden los derechos reales inmobiliarios?

A nuestro entender (4), en materia de inscripciones constitutivas hemos de reconocer que la escritura base de la inscripción algo crea y la inscripción algo constituye, aunque ni la una ni la otra puedan constituir lo mismo. Así:

- a) El título público crea el acto jurídico. En esta primera fase de creación del acto, el consentimiento se produce de igual forma que en cualquier otro acto jurídico, pero necesariamente envuelto en una forma exigida por la Ley, no *per se*, sino en función de una formalidad posterior cual es la registración. El acto jurídico ha sido creado no para vivir independiente, sino para ser inscrito; su misión consiste en la creación de un acto válido de indefectible registración. Lógicamente, tal acto no podrá contener un derecho real, sino un derecho en vía de formación definitiva. El título público sólo representa una fase (la primera) en la relación jurídica que pretende ser creada. Es una parte en función de un todo.

(4) En línea coincidente con la que LACRUZ BERDEJO mantiene para la constitución de garantía mobiliaria sin despl. de pos. en «A. A. M. N.», tomo XIV.

b) La inscripción crea la relación jurídica que las partes persiguen. En esta segunda fase de creación de la relación jurídica el consentimiento no ha de producirse de nuevo, puesto que la misión del documento presentado a registración fue la de dar existencia al consentimiento, impidiendo todo otro consentimiento surgido en forma distinta de aquella prevista e impuesta por la Ley, según la naturaleza del acto, para el logro de la registración. Creado (por el título idóneo) el acto jurídico de indefectible trascendencia registral, su finalidad se agota con su autorización; por ello, su contenido incompleto requiere una formalidad externa, extraña al acto, que es, precisamente, la inscripción. El acto válido, envuelto en la forma idónea, se inscribe, y por la inscripción nace la relación jurídico-real, que el Registro publica frente a todos.

B) *Los documentos privados ante el Registro: examen del párrafo final del artículo 166 del Reglamento Hipotecario*

Art. 166:

“Si el documento fuese privado manifestará, además, el Registrador que las firmas están legitimadas o que las partes han concurrido a su presencia personalmente o por medio de apoderado, dando fe de que las conoce y de que son auténticas las firmas puestas al pie de la solicitud que le hubiesen presentado; y si el Registrador no conociese a los interesados o a sus apoderados, firmarán con ellos la solicitud en que se pida la anotación dos testigos conocidos, que concurrirán al acto y asegurarán la legitimidad de las firmas de aquéllos.”

Para la documentación privada susceptible de acceso al Registro recoge el precepto un doble supuesto:

- 1.º Que las firmas (claro exponente del consentimiento) que en el documento aparezcan estén legitimadas, en cuyo caso no se precisan mayores requisitos; y
- 2.º Que las firmas no hubiesen sido legitimadas, de donde, ante tal eventualidad, exige el precepto que los interesados concurren a presencia del registrador, por sí o por apoderado, solicitando por escrito la registración.

— Si el Registrador conociere a los concurrentes dará fe de que los conoce y de que son auténticas las firmas de la solicitud, previa comparación con las del documento privado.

- Si el Registrador no las conociere firmarán la solicitud dos testigos conocidos por aquél o por los interesados, los cuales asegurarán la legitimidad de las firmas de éstos.

Estas autenticaciones no suponen una nueva prestación del consentimiento ante el Registrador, sino simplemente una medida de seguridad para evitar que un documento falso tenga libre acceso al Registro. Nadie garantiza que las firmas puestas en el documento privado pertenezcan a quienes se dice pertenecer; por eso, el medio más seguro para impedir falsedades es la concurrencia de los interesados y la firma de éstos, sus apoderados o testigos de conocimiento ante el Registrador. Nada tiene que ver esa solicitud firmada ni con el consentimiento sustantivo (no hay nuevo consentimiento), ni con el consentimiento formal (no hay voluntad que pida la rectificación del Registro). Sólo hay autenticación de firmas respecto a un consentimiento ya prestado fuera del Registro de la Propiedad.

CONSECUENCIAS: EL CONSENTIMIENTO SUSTANTIVO NO SE ADAPTA A NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO

No cabe una adaptación a nuestro sistema del consentimiento sustantivo ni desde el punto de vista civil ni desde el hipotecario.

- 1) Desde el punto de vista civil, porque nuestro Código, al recoger en sus artículos 609 y 1095 la teoría del título y el modo, rechaza la posibilidad de un negocio desligado de la causa que lo origina. No supone obstáculo a esta regla la simplificación en la entrega prevista por el artículo 1462 ni la inscripción constitutiva de la hipoteca.
- 2) Desde el punto de vista hipotecario tampoco cabe adaptación:
 - a) Porque en nuestra Ley Hipotecaria los asientos tienen carácter causalista, al originarse los derechos publicables fuera del Registro a través del correspondiente título y modo de adquirir. Sólo después de ser cumplidos estos requisitos podrán ser publicados por los libros registrales. El consentimiento, base del acto jurídico inscribible, ni se forma ni se presta ante el Registrador, sino que viene ya formado por los interesados y enuelto en la forma requerida por las leyes.

Ni siquiera en las inscripciones constitutivas, creadoras de la relación jurídico-real aplicable, puede decirse que el consentimiento

to se erija e n principio hipotecario, toda vez—como antes decíamos—que se formó y consumó en el acto de creación ante el funcionario autorizante.

- b) Porque nuestro sistema hipotecario no sólo no permite la existencia de un asiento registral desligado del acto o contrato que lo origina, sino que, además, no transige con un acto o contrato abstracto. Lo más que admite para este último es la inexpressión de la causa (art. 1277), pero presumiendo que existe y que es lícita.

III

EL CONSENTIMIENTO FORMAL EN EL DERECHO HIPOTECARIO PATRIO

LA AMPLITUD DE CIERTAS POSICIONES DOCTRINALES

Con criterio amplio, don JERÓNIMO GONZÁLEZ consideró como manifestaciones del consentimiento formal en nuestro sistema todos aquellos supuestos en que, por voluntad unilateral del titular registral, quedaba modificado su derecho en el Registro.

Dentro de ellos encuadraba:

- La cancelación, como consecuencia del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.
- La modificación de entidades hipotecarias, tales como la obra nueva, la agrupación, la segregación, la división de fincas: y
- La constitución unilateral de la hipoteca, reconocida por los artículos 138, 141 y 154 de la Ley Hipotecaria.

Sin perjuicio de insistir después sobre el pretendido consentimiento formal del artículo 82, los autores patrios sólo a él reconocen como especie de tal consentimiento, rechazando los otros dos supuestos, a los que denominan «actos dispositivos del titular sin fuerza de obligar» (5).

Si concebimos el consentimiento formal como aquella declaración unilateral del titular registral, por la cual se pide la rectificación del Registro en favor de otra persona, abstracción hecha de la causa que la origina (esto es, independientemente—como dice SANZ—de que se

(5) En tal sentido, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, etc.

haya producido una modificación jurídico real), y destacamos como caracteres fundamentales de tal declaración los de ser unilateral (no concordada), abstracta (desligada de su causa) y de disposición o enajenación del derecho, llegaremos a la conclusión de que ninguno de los tres supuestos que enunciaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ como prototipos del consentimiento formal puede servirnos para su admisión en nuestra patria.

A) *Las modificaciones de entidades hipotecarias (agrupación, segregación, etc.)*

Las características propias de estos actos que, como individualizadores de las fincas acceden al Registro, no se avienen con las notas típicas del consentimiento formal. En efecto, las agrupaciones, declaraciones de obra nueva, segregaciones, agregaciones y divisiones de fincas presentan las siguientes notas distintivas:

- 1.^a Son actos unilaterales (única nota identificable con la del consentimiento formal); no exigen consentimiento de un tercero afectado, ya que la finca no cambia de titularidad, ni se grava ni se limita.
- 2.^a Aunque la jurisprudencia, reiteradamente viene reconociendo que tales actos son de riguroso dominio, hemos de convenir que, aun siéndolo, no pueden identificarse con los actos de enajenación. Las modificaciones de las entidades hipotecarias no cambian la titularidad, sino que la identifican, la concretan. Así, en una agrupación no puede estimarse que el que agrupa sea más propietario por el hecho de la agrupación, sino que, siendo propietario con la misma intensidad, ha querido por su sola voluntad acabar con la dispersión, creando una sola finca donde antes había varias. Lo mismo cabe decir de la segregación, de la agregación, de la división. Se trata de un negocio de individualización (de riguroso dominio, si se quiere, o de disposición, pero nunca de enajenación).

La individualización de la finca, mediante declaraciones de los interesados manifestadas en un negocio jurídico, se erigen en modo usual de identificación seguido por nuestro Derecho. Pero ese negocio jurídico puede perseguir:

- Ya, simultáneamente, la justificación de una adquisición y la identificación de una finca a efectos de ingreso de ésta en los libros registrales; o bien,
- Directamente, la individualización de la finca como contenido propio y exclusivo de aquel negocio jurídico, aunque, además, pueda venir unido a otro de transmisión o adquisición que, desde luego, se diferencia del anterior.

- a) El primero de los supuestos apuntados se identifica con cualquiera de los medios de inmatriculación, cuyos procedimientos respectivos, intentando el ingreso de una finca en el Registro, se basan inexcusablemente en el negocio de adquisición de una finca al que complementan y justifican, o que forma, según los casos, el contenido propio del título inmatriculador.
- b) El último supuesto es el que puede recibir, en sentido estricto, la denominación de NEGOCIO JURIDICO DE INDIVIDUALIZACIÓN, por cuanto su contenido no va encaminado a justificar una adquisición, sino a determinar hasta dónde llega una finca.

En las fincas materiales debe admitirse la presunción puramente objetiva de que allí hasta donde llega la titularidad dominical ininterrumpida llega la finca. Pero esta presunción queda supeditada a la voluntad del propietario, la cual, dejando a salvo las leyes que socavan la facultad de división, puede especificar hasta dónde llega una finca de la que resulta dueño:

- Ya por *reducción*, haciendo una finca de lo que, en principio, eran varias colindantes (agrupación) y dejando, por tanto, que se cumpla la presunción objetiva reseñada más arriba;
- Ya por *multiplicación*, haciendo varias de lo que, en principio, era una sola (división, segregación), rompiendo así la presunción y dejándola sin efecto; o
- Ya por *transformación*, multiplicando una finca (segregación) para ampliar otra (agregación) quedando intacto el número de objetos de derecho; o cualificando un predio por consecuencia de mejoras introducidas en la finca o de nuevas plantaciones u obras nuevas en ella realizadas.

Algo sobre la naturaleza jurídica del acto de individualización:

- a) *Su configuración como negocio jurídico.*

La atribución o no de ese carácter depende exclusivamente de la importancia que se atribuya a la voluntad del propietario:

- 1) *Teoría objetiva.*—Para ella, el acto de individualización de una finca se configura como simple acto económico o, al menos, no negocial, puesto que prescinde de la voluntad del dueño, de modo que la individualización depende únicamente del estado del predio. Su uniformidad superficial o de cultivo, su denominación única o su cierre por paredes o accidentes del terreno servirán de índice revelador de la existencia de una sola finca; su variedad de cultivo, denominaciones diversas, accidentes del terreno entre los predios, etc., serán señales inequívocas de una pluralidad.

La presunción de que la finca llega hasta donde llegue la titularidad dominical no interrumpida se lleva a sus últimas consecuencias, toda vez que, prescindiendo de la voluntad del dueño, basa la interrupción en meros datos físicos, tales como un vallado, un seto, una acequia.

- 2) *Teoría subjetiva.*—El acto de individualización se configura como negocio jurídico si se atribuye a la voluntad del dueño significado primordial, siempre que no contravenga normas

imperativas que impidan la minimización de los fundos. A nuestro modo de ver (7), esta última postura es la aceptable, ya que la teoría objetiva basa la separación de los predios en la existencia de meros accidentes y la unificación en la desaparición, incluso casual, de los mismos. No es igual que una pared interpuesta entre dos trozos de terreno sea derrumbada por el propietario, revelando así su voluntad de agrupar, que sea destruida por movimiento de tierra, en cuyo caso—como dice AURICCHIO—sólo existe un indicio de la voluntad del dueño de agrupar si no reconstruyó el muro, pero nunca que el acto material en sí haya causado la unión.

En la tradicional diferenciación de hechos, actos y negocios jurídicos, parte BETTI (8) de una sutil y precisa distinción:

- Hecho jurídico es aquel acontecimiento en que no interviene la voluntad del hombre o, interviniendo, el Derecho no valora esa voluntad, sino sus resultados (por ejemplo, hallazgo de un tesoro casualmente).
- Acto jurídico es el hecho en que interviene una voluntad, la cual es valorada en sí misma por el Derecho. Esa voluntad puede ser manifestada:
 - Mediante actos concluyentes (voluntad tácita); o
 - A través de una declaración expresa, ya buscando efectos psíquicos (o internos), ya persiguiendo efectos externos, refiriéndola a destinatarios concretos.
- Negocio jurídico es el acto por el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con los demás y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo.

Esto así, las modificaciones de entidades hipotecarias no pueden ser incluidas en el grupo de los hechos jurídicos toda vez que en ellas interviene una voluntad que el Derecho valora positivamente; pero cabe la duda de si estaremos en presencia de un acto o de un negocio jurídico. En verdad, el negocio jurídico es un acto, pero tiene la particularidad (que no caracteriza al acto jurídico) de la autorregulación para el futuro de intereses privados. No debe ser confundido, pues, el negocio jurídico con el acto jurídico de ejercicio de los derechos subjetivos. «El negocio jurídico—dice BETTI—crea, respecto a los intereses regulados, poderes y vínculos jurídicos que antes no existían. En cambio, el ejercicio del derecho realiza el estado de hecho o de derecho que corresponde a una preexistente protección legal, con o sin la cooperación ajena.» «En el negocio jurídico—sigue diciendo BETTI—, la conciencia y la voluntad del particular toman una actitud bastante más compleja que en los demás actos lícitos. Ellas

(7) Seguimos en esto a AURELIO Díez GÓMEZ: *Sobre el concepto de finca*, «R. D. N.», t. 52, y a AURICCHIO: *L'individuazione dei beni immobile*, Nápoles, 1960.

(8) EMILIO BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 61 y siguientes.

aquí se nos presentan dirigidas a dictar una reglamentación rápida en el futuro, y orientadas hacia el fin práctico típico que informa dicho acto. Nada de esto ocurre, en cambio, en los demás actos lícitos. La conciencia y voluntad del individuo no están en ellos dirigidas a prescribir a sus intereses una regulación para el futuro, no miran a un fin que trascienda del acto, sino que agotan su eficacia conduciendo a resultados más próximos, más circunscritos, de carácter inmediato y transitorio.»

Estimamos, pues, que la presunción de que la finca termina donde acaba la titularidad dominical ininterrumpida opera como presunción «iuris tantum» o signo aparente de la voluntad del propietario que, por expreso deseo de éste, puede romperse o cumplirse íntegramente, produciendo tantos objetos de derecho (fincas) como se lo permitan las leyes prohibitivas de marcado tinte social. Pero la voluntad que multiplica o reduce tales objetos de derecho sometiéndolos válidamente y para lo futuro a nuevas situaciones, no puede ser de otra clase que una voluntad negocial, surgida unilateralmente, desde luego, pero manifestada, ya a través de actos concluyentes (sin documentación), ya por actos formales (voluntad documentada), si la individualización quiere ingresar en el Registro.

b) *Su configuración como negocio jurídico de disposición.*

Es frecuente que el negocio jurídico de individualización vaya acompañado de un negocio adquisitivo (p. ej., en la agrupación), o de otro de transmisión (p. ej., en la división o en la segregación), y aunque son negocios diferentes, ¿cabrá calificarlos dentro del mismo grupo de negocios de disposición o, por el contrario, uno—el de individualización—será de administración y otros—los de adquisición y transmisión—serán de disposición?

Las posiciones son variadas dentro de la dogmática moderna, aunque la Dirección General de los Registros, en Resoluciones de 28 de julio de 1928 y 23 de febrero de 1929, entre otras, tiene declarado (implícitamente en la primera y de modo expreso en la segunda) que los actos de modificación de entidades hipotecarias o fincas consistentes en segregaciones o agregaciones o divisiones son de riguroso dominio.

Partimos nosotros, también, de esta misma consideración y, por ello, estimaremos que la individualización de las fincas se realiza a través de un negocio de disposición que, sin embargo, no es de enajenación. El negocio de enajenación es, a la vez, de disposición, por cuanto exige poder dispositivo sobre la cosa, pero lo cualifica el llevar aparejado un desapoderamiento o transmisión de esa misma cosa. El negocio de individualización implica un poder de disposición (luego es negocio dispositivo), pero no acarrea una transmisión (luego no es de enajenación).

En consecuencia, el negocio jurídico de individualización podrá ser otorgado por quien ostente el poder de disposición sobre la cosa individualizada, sin necesidad de previas autorizaciones o posteriores ratificaciones. Pero—insistimos en ello—el poder dispositivo opera como elemento básico del negocio, de modo que quien no lo tenga por derecho propio deberá obtenerlo expresamente por representación legal o voluntaria de quien pueda concederlo.

- 3.^a Es un acto que, al recoger un hecho, no exige la existencia de una causa objetiva, como las del artículo 1274 del Código civil. No puede decirse que haya independencia de la causa que origina el acto, sino irrelevancia de esa causa que para los contratos impone el artículo mencionado de nuestro Código. No hay abstracción porque en el acto se hace constar la existencia de un hecho producido o proyectado (una obra nueva terminada o comenzada, una agrupación, etc.); y no hay declaración formal del titular dirigida al registrador porque no es preceptivo—como así lo reconoce la Dirección General de los Registros—que el titular solicite expresamente la registración del acto de individualización (basta con el otorgamiento para que el acto, sin más requisitos de solitud *seudo-sacramental*, pueda ser inscrito).

B) *Las hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas*

Para que la hipoteca quede plenamente identificada en su lado activo y en el pasivo requiere dos actos sucesivos: uno de creación de la limitación, y otro de aceptación de la hipoteca. Cada uno de ellos, plenos en sí mismos y con la finalidad estricta que de ellos se desprende, acceden independientemente al Registro, pero nada tienen que ver con el consentimiento formal:

- 1.º El acto jurídico de creación persigue establecer la limitación del que consiente, pero no es un consentimiento abstracto, pues en el documento habrá de consignarse la causa origen de la hipoteca a constituir. El acto reunirá así todos los requisitos marcados por la Ley, pero por sí solo no puede crear la limitación, ya que en materia de hipotecas la relación jurídica es creada por el Registro. Por eso la inscripción tiene por contenido único crear y proclamar ante todos la limitación pretendida.
- 2.º El acto jurídico de aceptación persigue la adquisición de un derecho. Al aceptar, el interesado consiente en adquirir, pero su consentimiento tampoco es abstracto, pues tiene su causa en el acto jurídico previamente inscrito de constitución de la hipoteca. Igual que ocurre con éste, el acto de aceptación, aun siendo válido en sí mismo, no produce por sí solo la adquisición del derecho, sino que precisa de un elemento extraño cual es la registración. Por eso la nota marginal preceptiva marca el momento de tal adquisición.

C) *El consentimiento ante la cancelación. ¿Recoge el artículo 82 de la Ley Hipotecaria una manifestación del consentimiento formal?*

Art. 82: "Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino... por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos."

a) *Una posición tradicional*

Gran parte de los autores españoles ven en el artículo 82 la única expresión del consentimiento formal en nuestro sistema. En tal sentido se pronuncian, entre otros, SANZ FERNÁNDEZ (9), ROCA SASTRE (10) y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (11), señalando como caracteres del mismo:

- 1.º Ser un consentimiento unilateral, en el sentido de no ser concordado.
- 2.º Ser un acto dispositivo, para lo cual se invocan las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 1 de octubre de 1881 y de 24 de agosto de 1893 y la tajante redacción del artículo 178 del Reglamento Hipotecario. Según las Resoluciones citadas, quien haya

(9) SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 3 y sigs.

(10) ROCA: *Derecho Hipotecario*, t. I, págs. 726 y sigs.

(11) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Derecho Inmobiliario Registral* (págs. 146 y sigs.), dicen que «esta modificación del Registro, mediante la simple manifestación formal del titular afectado, e independientemente de la exactitud o inexactitud de cuanto el asiento manifestaba, se halla restringida al de cancelación, destinado a suprimir la efectividad actual de otros asientos anteriores. Así resulta del art. 82... Mas el artículo 82—continúa diciendo en nota al pie de la pág. 147—no sólo no exige que se acredite la previa extinción del derecho que va a cancelarse, o que se exprese la causa, sino que parece dispensar de todo eso: precisamente porque el alcance de la expresión unilateral de voluntad del titular es puramente formal, referido a la modificación del Registro (consentimiento para la cancelación, no extinción del derecho). En cambio, el artículo 79, en un plano material, contempla los diversos supuestos en los cuales se extinguen las titularidades reales, y faculta entonces para pedir la cancelación a cualquiera de los afectados por ellos... La extinción de los derechos, en el aspecto material, sigue la misma regla de causalidad que las restantes modificaciones reales. Por supuesto, esta cancelación abstracta apenas existe en la realidad española: el asiento se cancela normalmente mediante una escritura que demuestra la extinción del derecho real».

de consentir en la cancelación habrá de tener la capacidad necesaria para disponer, pues la cancelación es un acto de enajenación.

- 3.º El consentimiento formal debe ser expreso y ha de estar consignado en escritura pública o documento auténtico (art. 82).
- 4.º Es un negocio real que tiende directamente a obtener la modificación del Registro.
- 5.º Sin admitirse en nuestra patria los contratos abstractos, por aplicación del artículo 1277 del Código civil, el consentimiento formal para obtener la cancelación no exige expresión de causa.

b) *Una nueva orientación* (12)

A nuestro modo de ver, en los caracteres que destaca la dogmática tradicional para insertar dentro del artículo 82 la manifestación única de nuestro Derecho respecto al consentimiento formal se encuentran sus fallos:

- 1.º Porque el título extintivo que provoca la cancelación no es siempre un acto de disposición.
- 2.º Porque el título extintivo que ingresa al Registro no tiende directamente a producir la modificación de los libros registrales, sino la extinción del derecho, en principio, y después, como consecuencia, esa modificación. Y
- 3.º Porque el consentimiento formal requiere abstracción de la causa que lo origina, que es algo diferente de su no expresión.

Del artículo 82, en sus relaciones con los artículos 2.º—ap. 2.º—, 79 y 80 y 97, todos ellos de la Ley Hipotecaria, deducimos nosotros la siguiente doctrina en torno al consentimiento para la cancelación:

- 1.º Del mismo modo que para lograr la inscripción la Ley exige la la presentación al Registro de un título (documento público o auténtico) continente de un acto (título material o sustantivo) que constituya o modifique el derecho publicable, así para la desinscripción o cancelación se requiere la presentación de otro documento público o auténtico que contenga el acto extintivo de tal

(12) Iniciada esta postura por Díez-PICAZO («R. C. D. I.», núm. 462), nos adherimos a ella.

derecho. No otra cosa suponen la registrabilidad de los títulos extintivos del dominio (que proclama el art. 2.º de la Ley), o la tajante imposición que hace el artículo 173 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la presentación en el Registro de los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho o en que se declare la nulidad del título o de la inscripción.

LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, después de proclamar que la cancelación abstracta del art. 82 apenas existe en la realidad española, puesto que el asiento normalmente se cancela mediante una escritura que demuestra la extinción del derecho real, ponen el siguiente ejemplo: «Para cancelar, por voluntad unilateral del usufructuario, una inscripción de usufructo, se presenta una escritura de renuncia al derecho mismo y no una pidiendo, sin más, la cancelación del asiento, si bien, como decimos, también esta segunda sería inscribible.»

Creemos, sin embargo, que los términos del art. 173 del Reglamento no dan lugar a la inscripción de esa segunda escritura inexpressiva de su causa extintiva.

2.º El consentimiento prestado en el título extintivo no se encamina, en principio, a producir la modificación del Registro, sino a extinguir el derecho anteriormente constituido y publicado por los libros registrales. Si comparamos el proceso de desinscripción (registración negativa) con el de inscripción (registración positiva), no puede parecernos más lógica y consecuente la postura de la Ley:

- a) Para lograr la inscripción se exige la presentación de un título público o auténtico (art. 3.º de la L. H.). Para obtener la desinscripción se necesita otro documento de la misma especie (artículo 82), evitándose así que la cancelación se obtenga previa presentación de un documento de inferior categoría, como sería un simple recibo autorizado por notario (permitido por Res. de 1 de abril de 1863), o un testimonio de acta notarial de pago (art. 72 del R. H. de 1870).
- b) El documento presentado para la registración positiva deberá contener un acto válido de creación o modificación (art. 2.º de la L. H.). Del mismo modo, el título que pretenda la cancelación llevará dentro de sí un acto extintivo (art. 2.º de la L. H. y 173 del R. H.).
- c) El acto válido de creación accede al Registro y obtiene una inscripción (registración positiva). Publicado por los libros registrales el derecho constituido, se presume a su titular como dueño y poseedor (art. 38). Posteriormente, el acto válido de

extinción acude también al Registro y logra la desinscripción de aquel derecho (cancelación). Lógicamente, las presunciones del artículo 38 deben desaparecer; por eso, practicada la registración negativa, se presume extinguido el derecho a que la misma se refiere (art. 97 de la L. H.).

Nótese, pues, cómo el procedimiento y consecuencias posteriores de la inscripción son similares, aunque, naturalmente, de signo contrario, a los de la desinscripción; pero lo curioso es que nadie haya pensado que el título constitutivo tienda a la modificación del Registro directamente y no a la constitución del derecho como finalidad primordial, y sí, en cambio, que el título extintivo se encamina a tal modificación y no fundamentalmente a la extinción; y que a nadie se le ocurriera proclamar que en el acto de constitución haya un consentimiento formal y sí lo haya, por el contrario, en el de extinción. Mucho más claro es suponer que el proceso de constitución del derecho y su posterior registración tiene un camino que se va cumpliendo paso a paso, y que el de desinscripción se encuentra ante el mismo camino, sólo que al revés: desandando lo andado.

- 3.º El consentimiento que da lugar a la cancelación no es un consentimiento diferente del que provoca la extinción del derecho.

Pero a este respecto tiene algo que decir la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros:

Resolución de 8 de enero de 1921:

La forma jurídica del pago se reviste de extraordinaria solemnidad cuando ha de ir acompañado por parte del acreedor de la cancelación de un derecho real inscrito, porque entonces se hace patente la separación de dos elementos esenciales: el pago, que funciona como causa, y la declaración cancelatoria, que es su consecuencia, recogidos por normas de carácter diferente y que, por lo tocante a la capacidad de las personas, exigen del notario una cuidadosa atención, ya que la capacidad para recibir en pago cantidades no se desenvuelve en la legislación paralelamente a la facultad de cancelar inscripciones.

Resolución de 27 de septiembre de 1924:

Los actos jurídicos de cobro y cancelación de préstamos hipotecarios que extinguen, respectivamente, el crédito personal y el derecho real que lo garantiza, se hallan en nuestra legislación diferenciados en forma tan absoluta, que son muchas las ocasiones en que una persona autorizada, en general, para recibir pagos, no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda correspondiente sin que esta consecuencia pueda presentarse como absurda deducción del sistema, sino más bien

- como lógica derivación de la distinta importancia que para el régimen jurídico tiene el crédito y el derecho real, los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o efecto hipotecario.

Resolución de 22 de junio de 1936:

La argumentación del recurrente al estimar la extinción de la garantía hipotecaria como consecuencia del pago tiende a destacar esto último como acto principal, prescindiendo de las características del caso y resolviendo la dificultad con atención exclusiva al aspecto obligacional, sin tener en cuenta que la escritura era de carta de pago y cancelación de hipoteca y que, por tanto, la capacidad debía ser la requerida para estos actos, puesto que el cobro de la cantidad adeudada determinaba la extinción del derecho real de carácter accesorio.

Resulta innecesario aclarar que las tres Resoluciones de la Dirección General de Registros se produjeron para supuestos de extinción de créditos hipotecarios. En orden a requisitos de capacidad, esta clase de cancelaciones es la que más quebraderos ha dado a nuestra doctrina y a nuestra jurisprudencia, tal vez por no querer apartar del tópico de ver siempre en la cancelación un acto de disposición, olvidando que la cancelación, al ser expresión registral de un acto extintivo, no es nunca acto dispositivo, y que el acto de extinción podrá serlo o podrá no serlo. Si al extinguirse el derecho se produce un desapoderamiento que beneficia a persona distinta del titular (renuncia, condonación, etc.), estaremos en presencia de un acto de disposición con su secuela de exigencias de capacidad. Si, por el contrario, el acto extintivo sobreviene por Ley (ya mediante declaración expresa, ya por las consecuencias que las Leyes impongan a un acto voluntario como es el pago), por cumplimiento de una condición, etc., aun cuando algún tercero quede beneficiado, no toparemos con un acto dispositivo, sino con un acto debido por parte de quien, habiendo extinguido el derecho, se encuentra ante la obligación ineludible de cancelar.

De todos modos, en materia de cancelación de hipotecas se nos antoja que las cosas han sido desfasadas por querer desentenderse de la forma en que se producen los derechos y de las vicisitudes de éstos hasta el momento de su muerte: Al constituirse la hipoteca, las partes establecen un crédito (obligación), y como garantía para el mismo constituyen una hipoteca. Surge ésta por la voluntad libérrima de las partes como algo accesorio de la obligación principal a la que garantiza. En virtud del principio (ampliamente reconocido por nuestro C. c.) de que lo accesorio sigue a lo principal, las partes (que fueron libres para establecer la garantía) han perdido la libertad de mantenerla con vida sin la existencia

de la cosa principal que la sustenta. Fueron libres para crear lo accesorio, pero una vez constituido han dejado de serlo. Podrán, si quieren, dar muerte a la garantía manteniendo la obligación principal (caso claro de acto de disposición), pero no podrán mantener con vida a lo accesorio cuando lo principal se extingue.

Esa garantía nace ya supeditada a un algo distinto, y desde el momento de su nacimiento las partes saben de su vida, de su muerte, de sus limitaciones, y no podrán extrañarse de que, fenecida la obligación principal—savia de lo accesorio—, se extinga de modo absoluto lo que le fue añadido como garantía. ¿Cómo podría admitirse en nuestro Derecho una hipoteca sin garantizar un crédito si no es admitida la figura de la hipoteca independiente? Por eso creemos que extinguida la obligación principal por quien, con arreglo a las leyes, tenga capacidad para ello, se extingue automáticamente la obligación accesoría.

Una mayor rigurosidad en la exigencia de capacidad deberá proclamarse a la hora de la constitución de la garantía, pues fue la libre voluntad de los interesados la que dio origen a su establecimiento: con capacidad para gravar bienes inmuebles, podrá constituirse la hipoteca; sin capacidad, no será posible. Esto mismo deberá suceder en el momento de la extinción cuando lo que se extinga sea la garantía dejando subsistente la obligación principal, va que es la voluntad libre, consciente y *capaz* la que provoca la extinción y, por ende, la disposición de un derecho impuesto sobre un inmueble. Pero cuando, por consunción normal de la obligación principal (pago, p. ej.), se extinga automáticamente la accesoría, no deberán exigirse mayores requisitos de capacidad que los impuestos por la legislación civil para extinguir aquélla, toda vez que en la muerte de la accesoría, al seguir la suerte de la principal y extinguirse automáticamente con ella, la voluntad no es libre, sino obligada. No se dispone de un derecho, de una garantía, sino que ésta se extingue, quiéralo o no la voluntad del titular, cuando la obligación principal desaparece.

Por eso estimamos desviada toda la gama jurisprudencial (tanto la antigua, aferrada a un tópico, como la moderna, que no sabe salir de él), y de excesivo rigorismo—e incluso contradictorio—el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, determinador de la capacidad requerida para cancelar.

El consentimiento, por tanto, deberá ser exigido para extinguir el derecho, no para lograr la cancelación, ya que, como decíamos antes, ésta no es más que la expresión registral de un título extintivo.

- 4.º Si consideramos como no admisibles en nuestro Derecho los negocios jurídicos abstractos, estamos rechazando el consentimiento formal, por cuanto supone una independencia del negocio con la

causa que lo origina. Y no valdrá salir con la idea sustitutiva de que en Derecho patrio el consentimiento formal se manifiesta desnudo en su apariencia al no expresar su causa, pues inexpressión y abstracción son términos bien diferentes.

El negocio abstracto supone una independencia total con la causa que lo ha provocado, de modo que las vicisitudes de ésta (ilicitud, inexistencia) no afectan a la subsistencia del negocio, que seguirá siendo válido.

La inexpressión de la causa presume la existencia de la misma y de su licitud (art. 1277 del C. c.); pero si se probare que no existe, que es ilícita o que es falsa, el negocio no subsistirá, sino que será nulo (arts. 1275 y 1276 del C. c.).

Si en Derecho Hipotecario español se llegase a admitir el negocio abstracto, fatalmente independiente de su causa, habríamos de admitir, en consecuencia, la posibilidad de renunciar a los asientos del Registro, cosa inadmisibile por chocar con razones de orden público.

Y si proclamamos la inexpressión de la causa, negaremos el consentimiento formal, ya que, conceptualmente, es tenido como abstracto. Aun así, en materia de cancelación no puede sustentarse la regla general de que el consentimiento extintivo se halle desprovisto en su forma externa de toda referencia a la causa. Sucederá esto en la extinción de las anotaciones preventivas (art. 206 del Reglamento Hipotecario), para las cuales parece bastar la renuncia sin expresar la causa, para que la cancelación pueda producirse; pero no para la cancelación de las inscripciones, toda vez que los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria, al proclamar la serie de causas que permiten obtener la cancelación, no habrán sido puestos por el legislador por puro capricho, sino para ser tenidos en cuenta a la hora de confeccionar el título extintivo y facilitar la función calificadora del registrador, permitiéndole averiguar si el acto es lícito y válido o no se ajusta a Derecho. No creemos que el mismo legislador que redactó los artículos 79 y 80 vaya a olvidar sus propias normas dos preceptos después: concretamente en el artículo 82.

JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA,
Registrador de la Propiedad

$\frac{1}{2} \left(\frac{1}{2} \right) = \frac{1}{4}$

Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como es bien sabido, durante el matrimonio es frecuente que se produzcan desplazamientos entre las masas patrimoniales, a consecuencia de los cuales se originan una serie de créditos de los patrimonios privativos contra el ganancial y viceversa. Tales desplazamientos patrimoniales pueden corregirse constante matrimonio; tal es, por lo menos, la opinión de LACRUZ BERDEJO, el cual afirma que «lo que viene a decir el Código civil es que, cuando los desplazamientos patrimoniales entre masas no han sido corregidos constante matrimonio, han de compensarse en la cuenta final, pero no pone inconveniente de tipo general a que se corrijan, vigente el consorcio, el enriquecimiento de una masa y el correlativo empobrecimiento de otra». (LACRUZ-SANCHO: *Derecho de familia*. Zaragoza, 1966. Pág. 169. Señala el autor que ofrece duda la exigibilidad de los créditos consorciales contra un patrimonio privativo, pues al administrar el marido sólo podría hacerse efectiva la reclamación contra la mujer, acentuándose así injustamente la desigual posición de los cónyuges: pág. 170.)

Sin entrar en tal cuestión, lo cierto es que lo más frecuente es que las recompensas se realicen en el momento de la liquidación de la sociedad. Así lo reconoce el propio LACRUZ, diciendo que «en la práctica el estado de créditos y deudas no se establece casi nunca hasta el momento de liquidar el régimen matrimonial... (ob. cit., pág. 165). Esta circunstancia lleva en sí misma implícito un problema grave que se proyecta sobre la práctica de las recompensas: la depreciación monetaria. Piénsese en el caso de que el producto de la venta de un bien

privativo se haya empleado en la adquisición de un bien ganancial; ello origina un crédito contra la sociedad de gananciales. Si tal crédito se liquida a la disolución de tal sociedad por su valor nominal, es posible que el patrimonio acreedor se vea perjudicado, sobre todo, cuando han transcurrido varios años entre el nacimiento del crédito y su satisfacción, pues en nuestra época lo normal es que la incidencia de la depreciación monetaria presente dimensiones considerables. La pregunta, pues, que hay que plantearse es la de si para solucionar el problema es posible considerar las deudas entre las masas patrimoniales conyugales como deudas de valor.

II

APORTACIONES DE LA DOCTRINA MODERNA

Parece que el primer autor que se ha planteado este problema en nuestro Derecho ha sido el profesor Cossío, cuya doctrina vamos a recoger a continuación. Parte el citado profesor para resolver el problema del artículo 1419 y también del artículo 1045, relativo a la colación, el cual, junto con las otras reglas generales que el Código establece al regular la colación hereditaria lo estima aplicable de modo subsidiario a la liquidación de la sociedad de gananciales (Cossío: *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, pág. 273. Es de interés el trabajo del mismo autor titulado *Para la exégesis del artículo 1045 del Código civil*, «Revista de Derecho Privado», 1966, págs. 545 a 561. Advertimos que las citas sucesivas se refieren a la obra sobre *La sociedad de gananciales*). Centrando su análisis en el artículo 1045, afirma que tal precepto, que hace gravitar sobre el donatario los aumentos o disminución de valor de la cosa misma, no dice, en cambio, que, igualmente, deba el mismo (el donatario) soportar el perjuicio o beneficio que pueda derivarse de los cambios de valor de algo ajeno a la cosa, como el dinero... En efecto, si los autores del Código civil se hubiesen planteado esta cuestión, es indudable que la hubieran resuelto de distinta manera que el programa de los riesgos normales, ya que la razón o fundamento de la colación no es otro que el de mantener en lo posible la igualdad entre todos los herederos forzosos... Más concretamente, el artículo 1045 resuelve el problema de los cambios de valor de la cosa; pero ni plantea ni resuelve el de los cambios de

valor de dinero en que la cosa se ha de valorar. Por ello concluye que «no es posible incluir en esta norma, ni extender su aplicación a supuestos diferentes de los que fueron tenidos en cuenta por el legislador al redactarla, y entre tales supuestos no podía estar, porque la cuestión no había de plantearse sino muchos años después, al terminar la primera guerra mundial, este grave problema de la desvalorización de la moneda» (Cossío, ob. cit., págs. 278, 279 y 280). Lo cierto es, sin embargo, que la única manera de restablecer un equilibrio patrimonial justo en el momento de la distribución es la de tener en cuenta las posibles desvalorizaciones de la moneda acaecidas desde que tuvo lugar el acto colacionable y aquel en que se efectúa la liquidación. «Pero obsérvese—continúa diciendo Cossío—que las posibles soluciones del problema son dos distintas: puede, en primer lugar, buscarse una valoración del objeto enajenado según los precios que actualmente tiene en el mercado, y puede también, en segundo lugar, respetarse la valorización que al mismo fue dada en el momento de la enajenación—y esto último parece lo más ajustado a la letra del precepto que venimos examinando—y limitarse la corrección a un reajuste de tal valor concorde con los cambios desde entonces experimentados por el valor adquisitivo de la moneda» (Cossío: Ob. cit., pág. 280).

Centrando su atención en los supuestos contemplados por el artículo 1419 del Código civil, señala el autor referido las características especiales que presentan frente a la colación hereditaria del artículo 1045, características que—indica—permiten con mayor facilidad buscar una solución ajustada. Resume tales características diciendo que en los dos apartados del artículo 1419 «no se trata tanto de colaciones propiamente dichas como de créditos de la sociedad, a fin de que se la reintegre de pagos hechos y que no le eran imputables, o que se le indemnice de actos culposos o ilegales: no se persigue tanto restablecer, a los solos efectos de la liquidación el equilibrio patrimonial roto por el acto colacionable, como una obligación de resarcimiento impuesta al cónyuge beneficiario del mismo o autor de la ilegalidad» (Cossío, ob. cit., página 281). Señala, además, que los supuestos del artículo 1419 son distintos y que deben resolverse con criterios diferentes:

1.º *Cantidades pagadas por la sociedad de gananciales que deben ser rebajadas de la dote o del capital del marido.*—Aquí no tenemos más que un elemento a considerar, que es una cantidad de dinero pagada que debe ser objeto del reintegro. En tal caso, si entre el momento en que se hizo el pago y aquel otro en el que se lleva a cabo la liquidación ha habido depreciación, el autor citado considera de plena aplicación la doctrina general del riesgo imprevisible, si bien dentro de los.

límites establecidos por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 6 de junio de 1959 (tales límites son, como es sabido, los siguientes: 1) Alteración extraordinaria de las circunstancias. 2) Desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes contratantes. 3) Que se deba a circunstancias imprevisibles. 4) Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio).

2.º *Importe de las donaciones y enajenaciones ilegales o fraudulentas.*—En este supuesto, a que se refiere el artículo 1419, 2. del Código civil, puede suceder que se haya señalado un valor inferior al que realmente tuviera la cosa, e incluso puede haberse hecho con una finalidad defraudatoria. «Por tanto—dice Cossío—, cuando la ley habla del importe de la cosa se refiere al importe objetivo de la misma, no al que las partes hayan querido caprichosamente atribuirle.» Además, lo que se persigue por este procedimiento es que un acto prohibido por la ley «no cause perjuicio a la mujer y sus herederos». Por tanto, la única manera de conseguir tal finalidad, «expresamente expuesta por la ley, será construir esta forma de colación» establecida por el párrafo segundo del artículo 1419, como un caso especial de la acción de resarcimiento derivada del hecho ilícito, y, por consiguiente, habremos de entender que por este medio lo que el marido está obligado a hacer es indemnizar íntegramente a la mujer de los daños y perjuicios que se han causado a la sociedad por su acción ilegal o fraudulenta, único medio de conseguir evitar que ésta sea perjudicada» (Cossío: Ob. cit., página 283).

Los argumentos del profesor Cossío son, sin duda, acertados, pero presentan el inconveniente de que se circunscriben a los dos supuestos contemplados en el artículo 1419, esto es, al de los créditos de la sociedad contra los patrimonios privativos (apartado 1.º) y al de los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código o en fraude de la mujer (apartado 2.º). Queda, por consiguiente, sin resolver la cuestión de los créditos de los cónyuges contra la sociedad, créditos que parece que hay que considerarlos incluidos en los artículos 1421 y 1423 relativos al pago de la dote y del capital del marido. LACRUZ, al tratar la cuestión de los reintegros la plantea en toda su generalidad, incluyendo tanto los créditos de la sociedad como los existentes contra ésta, y piensa, recogiendo la solución de Cossío, que tales créditos, que se harán constar en el inventario por su valor en dinero, deben actualizarse, teniendo en cuenta la depreciación de la moneda desde que nació el crédito al momento de hacerse la división (LACRUZ-SANCHO: Ob. cit., página 238).

Parece, por consiguiente, después de lo expuesto con anterioridad, que la doctrina moderna cuando se plantea el problema de la incidencia de la depreciación monetaria sobre los créditos entre las masas patrimoniales en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, se inclina por la solución de la actualización de tales créditos, esto es, por su consideración como deudas de valor. Sin embargo, suele entenderse que el problema no sólo no está resuelto en el Código, sino ni siquiera planteado, por lo cual resulta que en última instancia el fundamento que se le da a la solución propugnada se encuentra en razones de equidad (cfr. Cossío: Ob. cit., pág. 282). La cuestión presenta el suficiente interés como para meditar sobre ella y tratar de encontrar algún fundamento que complemente el apuntado por la doctrina, dando solidez—si ello es posible—a la solución propugnada.

III

EL NOMINALISMO DEL CODIGO CIVIL

La meditación que nos proponemos realizar tiene que empezar recordando que, como ha dicho HERNÁNDEZ GIL, el Código civil tiene como presupuesto una estabilidad económica (HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960; pág. 206). Esta afirmación se conecta con la recogida anteriormente del profesor Cossío, consistente en señalar que el problema de la depreciación monetaria se planteó al terminar la primera guerra mundial, por lo cual tal problema no puede aflorar en el Código civil.

De las afirmaciones indicadas anteriormente hemos de extraer una primera conclusión: es necesario tener en cuenta en una primera fase de nuestro estudio la *mens legislatoris* para poder descubrir el significado que el codificador quiso dar a las normas que tenemos que interpretar. La mentalidad de la sociedad española y, en cuanto que miembros de ella, también la de los autores del Código civil, estaba estructurada de manera muy distinta a como lo está la del español actual en lo que se refiere a los problemas de la estabilidad y depreciación monetaria. El hombre de 1880 pensaba y, sobre todo, vivía y se movía en una situación de estabilidad económica; la proyección de tal mentalidad en el Código civil es clara. Como hemos visto antes, el profesor HERNÁNDEZ GIL señala al respecto que el régimen del Código civil tiene

como presupuesto una estabilidad económica. Por otra parte, los historiadores afirman que, en aquel momento precisamente, la sociedad estaba muy lejos de la psicosis que actualmente vivimos de la continua alza de precios y el consiguiente miedo ante la depreciación monetaria. Por el contrario, parece incluso que la tendencia no era de depreciación, sino de revalorización monetaria; así parece indicarlo el profesor JOVER cuando, recogiendo datos de los historiadores de la economía relativos a los años 1870-1895, afirma que en ese período se produce, de una parte, un incremento en la oferta mundial de productos alimenticios e industriales, debido a que ciertos países jóvenes comienzan a explotar a fondo sus recursos agrícolas y ganaderos (Estados Unidos, Canadá, Australia, Argentina, etc.) y otros han alcanzado un alto grado de industrialización (Alemania, Inglaterra, Estados Unidos). «Ahora bien—continúa diciendo—: como consecuencia de este aumento en los bienes de todo orden lanzados al mercado mundial, van a escasear los medios internacionales de pago, es decir, el oro. Ello, en unión de otras causas que no son del caso, va a determinar un descenso casi continuo en los precios (los precios descienden cuando «vale más», es decir, cuando escasea más el medio de pago—el oro o la plata—que la cosa pagada—la mercancía—); este descenso en los precios será frenado, a partir de 1895, por el descubrimiento de los yacimientos auríferos de Transvaal» (UBIETO, REGLA, JOVER: *Introducción a la historia de España*. Barcelona, 1963; págs. 593 y 594).

Habiendo ya afirmado el ambiente de estabilidad económica que se respiraba en el momento de la Codificación, es necesario descubrir la *mens legislatoris* en ciertas normas del Código, sobre todo aquellas cuya aplicación en el momento presente va a incidir sobre relaciones jurídicas afectadas por el fenómeno de la depreciación; esto es, hay que analizar las consecuencias de la proyección de la mentalidad de estabilidad económica del codificador en, su obra, el Código civil.

La primera cuestión que tenemos que determinar es la del significado del nominalismo en el momento de la promulgación del Código. En aquel momento no parece posible que el nominalismo apareciera como una toma de postura frente a una doctrina distinta, esto es, frente a la doctrina que actualmente se califica de valorista. La razón se encuentra en que en un período de estabilidad no hay contraposición entre valor nominal y valor real del dinero, sino que se mantienen ambos coincidentes a lo largo del tiempo. Por supuesto que caben alteraciones y fluctuaciones en los precios, pero si se producen dentro de unos límites discretos tales alteraciones no engendran graves quebrantos en el cumplimiento de las obligaciones, ya que se trata de las alte-

raciones u oscilaciones previsibles, que las partes pudieron tener en cuenta. Por ello, el principio del nominalismo resulta en tales épocas el más lógico y conveniente, y no lleva consigo la contrapartida de las consecuencias dañosas derivadas de la depreciación continua que caracteriza a nuestra época. Aquí se encuentra la explicación al hecho de que, en ningún momento, el Código civil dé relevancia a las alteraciones de los precios, y que incluso cuando se refiere a ellas lo haga tanto en el sentido de alza como de baja; así en el artículo 1478, 1.º, se dice que el comprador, en caso de evicción, tendrá derecho a exigir del vendedor la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, «ya sea mayor o menor que el de la venta». Por tanto, los precios oscilan, suben y bajan, manteniéndose, sin embargo, a través de tales oscilaciones la conveniente estabilidad. En otros preceptos se habla de alteración en los precios; así, en 1754, 2.º, se dice que si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, «*aunque sufra alteración en su precio*», es decir, aunque suba o baje el precio.

Parece de todo lo anterior que el legislador pensara siempre en oscilaciones ocasionales que podían perjudicar bien a uno u otro contratante, ya que se debían a los naturales cambios en el mercado, pero que no suponían una alteración extraordinaria del equilibrio de las prestaciones, ni implicaban una excesiva onerosidad para ninguno de los contratantes. Así se pensaba y concebía el marco económico en el que iba a jugar el principio del nominalismo. Piénsese que todo ello implica que cuando tratamos de hacer frente a los problemas planteados por la depreciación monetaria de los tiempos actuales y al desequilibrio que ella origina en las prestaciones de los contratantes, nos encontramos con que el Código civil, al menos en materia contractual, no nos da una solución, esto es, nos hallamos ante una laguna legal. [Se trataría de una laguna legal del tipo que LARENZ califica de «*lagunas posteriores*», las cuales surgen, entre otros casos, cuando «a consecuencia del desarrollo económico o técnico aparecen nuevas cuestiones que el legislador no había podido prever, que caen fuera del sentido literal de la regulación dada y que, ahora, la teleología de la ley exige que sean reguladas» (LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción castellana. Barcelona, 1966; pág. 299). Señala BINDER en sentido parecido que «existe una laguna en el Derecho cuando una exigencia al Derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales y económicas que nos vienen dadas, no encuentran satisfacción en el Derecho» (cita de LARENZ: Ob. cit., pág. 295). La laguna no existe en

el Código italiano de 1942, donde ciertamente se establece el nominalismo (art. 1277); pero sus efectos perniciosos pueden quedar contrarrestados por la resolución por excesiva onerosidad (art. 1467).]

IV

EL NOMINALISMO Y LA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Proyectando las ideas anteriores sobre la regulación que el Código civil establece respecto del régimen económico matrimonial, parece, a primera vista, que el Código adopta un criterio nominalista, ya que, al regular la liquidación de la sociedad de gananciales y, concretamente, al referirse a la restitución de la dote y del capital del marido, se remite, por ejemplo, al artículo 1366, que trata de la restitución de la dote estimada, estableciendo que la misma se realizará entregando «a la mujer o a los suyos el precio en que hubiese sido estimada al recibirla el marido». En el artículo 1367 se dice que los bienes inmuebles de la dote inestimada se «restituirán en el estado en que se hallaren, y, si hubiesen sido enajenados, se entregará el *precio* de la venta...», etc. Al referirse al precio en todos estos supuestos parece evidente que el Código concibe estas deudas entre las masas económico-matrimoniales como deudas de dinero, ya que se concretan en una cantidad, en un precio. Adopta, pues, al parecer, un criterio nominalista, pero no un criterio nominalista cualquiera, sino el nominalismo propio de la época de su promulgación, un nominalismo que no se concebía como opuesto al valorismo, ya que las tendencias valoristas habrían de surgir y adquirir su auge en momentos de crisis y desequilibrio económico, no en una época de estabilidad como la que se vivía en el momento de la promulgación del Código. Se ha dicho que «partiendo de que es una ficción considerar existente un valor constante en el dinero, se formula la *teoría valorista*, que, aunque nace como crítica del sistema nominalista, no se concibe en realidad sin éste, puesto que sólo es realizable utilizando al nominalismo como instrumento técnico» (BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956; pág. 223). Por consiguiente, el nominalismo puro, anterior a las críticas valoristas, parte de la idea de que el dinero tiene un valor constante, la cual será una ficción en épocas de crisis; pero no cabe duda de que es cierta en momentos de estabilidad, como lo era el de la promulgación del Cód-

go. Por consiguiente, el legislador, al establecer, en el artículo 1366, que a la mujer se le entregará el precio en que la dote hubiera sido estimada, pensaba que se le daría el mismo valor que tal precio encerraba en el momento de la estimación, aunque la restitución se realizara veinte o treinta años después. A lo sumo se imaginarían pequeñas alteraciones de valor, pero sin la entidad suficiente para abandonar el nominalismo y la comodidad que ese principio encierra en sí mismo. Ese es el nominalismo que establece el Código, y así hay que entenderlo.

El problema aparece posteriormente cuando, en el momento de restituir la dote o de liquidar cualquier crédito entre las masas económico-matrimoniales, por causa de las alteraciones económicas habidas desde el nacimiento del crédito hasta su liquidación, al abonar el importe nominal del crédito, el precio de la estimación, etc., se da una cantidad de dinero que representa un valor inferior al que tenía en el momento de la estimación o en el del nacimiento del crédito. ¿Existe también aquí una laguna legal, como la hay en materia contractual? En todo caso, exista o no tal laguna, ¿cómo resolver el problema?

Ambas cuestiones, la de la existencia de la laguna legal y la relativa a la solución del problema, aparecen íntimamente ligadas; incluso la respuesta a las mismas hay que buscarla por idénticos caminos. Hemos visto que hay determinados artículos que parecen apuntar en materia económico-matrimonial una solución nominalista, por supuesto. La solución nominalista del Código civil, esto es, la que se realiza bajo el presupuesto de la estabilidad, y que, por consiguiente, no supone una oposición al valorismo.

Dada tal circunstancia, podría pensarse que cuando actualmente nos encontramos ante el problema de la depreciación monetaria incidiendo sobre los créditos existentes entre las masas económico-matrimoniales, nos hallamos ante una laguna legal, ya que el pensamiento del Código —repetimos una vez más— parte de la idea de una estabilidad económica y, por consiguiente, de un valor constante o, a lo sumo, afectado por alteraciones intrascendentes del dinero. Sin embargo, hay que preguntarse todavía si el mismo Código no ofrece cauces que puedan servir de base para una actualización de tales créditos, destruyendo así los efectos perniciosos de la depreciación, es decir, si de alguna manera el Código no considera a las recompensas entre las masas económico-matrimoniales como deudas de valor, esto es, como deudas en las que, como dice HERNÁNDEZ GIL, no se debe meramente una cantidad de dinero, sino su valor, valor en cuya fijación se tienen en cuenta las mutaciones económicas derivadas del transcurso del tiempo, que, en definitiva, repercuten en la estimación dineraria. No se trata meramente

de determinar un valor, sino, más en concreto, un valor actual, no retrospectivo (HERNÁNDEZ GIL: Ob. cit., pág. 202). Indudablemente este es un problema que, por las razones antes apuntadas, no se planteó el legislador; sin embargo, parece que una interpretación progresiva del Código puede llevarnos a la consideración de las deudas o recompensas entre masas como deudas de valor. ¿Dónde se pueden encontrar los puntos de apoyo a tal interpretación progresiva?

A primera vista el intento puede parecer difícil, ya que, como ha señalado acertadamente HERNÁNDEZ GIL, en el régimen del Código civil la deuda de valor no es un correctivo de la deuda de dinero, sino más bien el expediente técnico que se utiliza para fijar qué es lo debido cuando una obligación de dar no deba o no pueda recaer sobre una cosa, ni tampoco sea posible atenerse a un precio subjetivamente determinado» (HERNÁNDEZ GIL: Ob. cit., pág. 206). Por consiguiente, la deuda de valor como medio técnico para hacer frente a la depreciación monetaria no aparece en el Código civil. En realidad no puede aparecer, puesto que en el momento de promulgarse el Código la depreciación como problema no se concebía. Se pensaba que el deudor de una suma, entregando aquélla, daba el valor que la misma tenía en el momento de su nacimiento; por consiguiente, no se sentía la necesidad de recurrir al expediente de las deudas de valor para hacer frente a un problema que entonces no existía. Cabe entonces preguntar: ¿No haciendo referencia el Código a las deudas de valor, dónde encontrar el punto de apoyo para la interpretación progresiva señalada?

La respuesta hay que hallarla a través del análisis de la estructura y función de la sociedad de gananciales. En tal sentido, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el artículo 1392, que, más que definir a la sociedad de gananciales, lo que hace es señalar su efecto fundamental, al decir que mediante tal sociedad «el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, *las ganancias o beneficios* obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio». La pregunta que hay que hacerse ahora es la siguiente: ¿En qué condiciones se han de obtener tales ganancias o beneficios? La respuesta nos la proporciona el artículo 1401 del Código civil. Según tal precepto, son bienes gananciales: 1) Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común. 2) Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos. 3) Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, ya por los bienes comunes, ya por los privativos. Como resulta que el caudal común del apartado primero tendrá su origen en las fuentes de ingresos de la sociedad a que hacen referencia los apar-

tados segundo y tercero del citado precepto, puede decirse que la fuente de los bienes gananciales se encuentra en la capacidad productiva de los cónyuges, tanto en su faceta de la actividad productiva personal como en la que se desarrolla a través de sus bienes privativos. Por ello, como dice LACRUZ BERDEJO, «la idea del legislador es, pues, la de un patrimonio común, compuesto por los ingresos que a cada cónyuge proporciona su trabajo o habilidad (industria) y por los frutos y rentas de los bienes de ambos. Este caudal originario se transforma ya en otros bienes, al invertirse (1401, 1.º), ya en créditos contra los cónyuges, al aprovecharse éstos de él con fines particulares... Finalmente, a la masa consorcial van a parar bienes de los cónyuges, en virtud de la *vis atractiva* de que la ha dotado el artículo 1407, y a resultas del correspondiente reembolso. *En estos casos, al crecer equilibradamente el activo y el pasivo de la masa, el saldo sigue siendo el mismo.* Han crecido los bienes comunes (gananciales), pero no las ganancias» (LACRUZ-SANCHO: Ob. cit., pág. 194).

Conviene detenerse en el análisis de las últimas afirmaciones del profesor LACRUZ, esto es, en las que se refieren al paso de bienes privativos al patrimonio consorcial y al nacimiento del correspondiente crédito a favor del titular. Dice el autor que en estos casos, al crecer equilibradamente el activo y el pasivo de la masa, el saldo sigue siendo el mismo. La afirmación es acertada y, sin duda, en ese crecimiento equilibrado del activo y del pasivo pensaba el legislador; pero ese crecimiento equilibrado debe existir no sólo en el momento en que se produce el paso del bien privativo al patrimonio ganancial y nace el consiguiente crédito, sino también en el momento de la satisfacción del crédito, que será normalmente el de la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero obsérvese que para asegurar el tal equilibrio no queda más remedio que estimar que las deudas nacidas entre las masas patrimoniales durante la vigencia de la sociedad son deudas de valor, y que, por consiguiente, la suma en que se concretó el crédito en el momento de su nacimiento deberá actualizarse de manera que cuando se realiza la liquidación debe entregarse el valor que representaba aquella suma, pero no la suma misma. Esta es la interpretación que cuadra mejor con la estructura que la sociedad de gananciales tiene en nuestro Código civil, pues de no considerar a tales deudas como deudas de valor resultaría que en la época actual, en la que la depreciación monetaria es un mal endémico, la sociedad de gananciales tendría una fuente de ingresos, además de los previstos por el legislador en el artículo 1401. En efecto, si los créditos se liquidan, en el momento de la disolución, por su valor nominal, se producirá un crecimiento injustificado del

activo ganancial a costa del patrimonio privativo correspondiente, ya que de éste salió un valor y se le devuelve otro menor. Esta solución repugna a la estructura de la sociedad de gananciales, tal como la configura el Código, pues ya hemos visto que lo que en él se pretende es que los cónyuges, al disolverse el matrimonio, hagan suyos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos a través de su industria, sueldo o trabajo, así como los que proceden de los frutos, rentas o intereses procedentes de los bienes comunes o peculiares (art. 1392 y 1401 del C. c.). Por las mismas razones hay que considerar también como deudas de valor las que deban satisfacer los cónyuges a la sociedad por anticipos de ésta o por otra causa.

Podría pensarse que la solución aquí propugnada pugna con aquellos artículos del Código civil que al referirse a los créditos entre las masas patrimoniales parecen adoptar un criterio nominalista. Así, el 1366 y el 1367, antes examinados, que hablan de la restitución de un «precio». Para salvar la contradicción hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el codificador pensaba en términos de estabilidad económica, y, por consiguiente, el precio entregado veinte años después representaría el mismo valor que en el momento de su fijación. En segundo lugar, que si damos preferencia a estos artículos sobre aquellos otros que estructuran la sociedad de gananciales, como el 1392 y el 1401, habremos desnaturalizado la configuración que de la misma nos da el legislador, y, sobre todo, habremos roto el equilibrio entre las masas patrimoniales. Por todo ello, parece que resulta más conforme con el espíritu que inspira el Código la consideración de las deudas entre las masas patrimoniales como deudas de valor, ya que ello no repugna a la *mens legislatoris*, sino que, por el contrario, parece ser la solución concorde con ella. Puede argüirse que el legislador no pensó en el problema de la depreciación monetaria y, por tanto, tampoco en su solución; pero no cabe duda que la imagen que nos dio de la sociedad de gananciales es lo suficientemente clara como para intuir la solución que le habría dado de haber vivido y sentido el problema, solución que sería, sin duda, la aquí propugnada. Si, al mismo tiempo, las necesidades actuales nos llevan hacia tal solución, como lo demuestran aquellos autores que se han enfrentado con el problema (COSSÍO y LACRUZ), no cabe duda que la misma debe adoptarse en la práctica jurídica por ser la más concorde con el espíritu del Código, así como con la interpretación objetiva de ese mismo Código.

O. VICENTE TORRALBA
Profesor adjunto de Derecho civil

Los presupuestos de la «disminución» de la garantía hipotecaria

SUMARIO: *Introducción.*—1. *Presentación del tema.*—2. *El problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano.*—3. *Perecimiento o deterioro del bien hipotecado:* A) Clase de perecimiento o deterioro. B) Forma de uso de la cosa. C) Disminución de valor del bien. D) Sujetos afectados por el perecimiento o deterioro. E) Responsabilidades extrañas al artículo 1894 del Código civil.—4. *Insuficiencia de la garantía hipotecaria.*

INTRODUCCION

Aunque no sin disenso, se suele aceptar por la civilística contemporánea que la hipoteca es un derecho real de garantía que atribuye a su titular (acreedor hipotecario) el poder de realización del valor en cambio del bien hipotecado, a fin de satisfacer el crédito para cuya seguridad fue constituida. Dada su función, la hipoteca es un derecho real de realización en cuanto se orienta a obtener una determinada suma de dinero mediante la venta forzosa del bien afectado.

Se explica, en consecuencia, que, como advierte HEDEMANN, la hipoteca no desarrolle lo más importante de su naturaleza sino cuando llega a hacerse efectiva en el valor de la finca gravada (1), y que el estudio y consideración de la figura hipotecaria se centren casi en exclusivo en la llamada fase de ejecución, dado que es en ella donde se producen algunos de sus más vigorosos y llamativos efectos.

Sin embargo, tal circunstancia no debe opacar el hecho de que, junto y previa a dicha fase de realización, la hipoteca discurre por otra de seguridad, cautelar o estática, durante la cual también tienen lugar cier-

(1) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, II (*Derechos reales*). Madrid, 1955, pág. 428.

tos y muy importantes efectos, e incluso, en ocasiones, proporciona los elementos que hacen posible la efectiva satisfacción del crédito garantizado llegado el momento de la ejecución hipotecaria. Y es que no puede desconocerse que desde el instante en que la hipoteca queda válidamente constituida nace un verdadero derecho real, un gravamen de la cosa, que genera un señorío jurídico sobre la cosa misma; «durante esta fase o período estático—nos dice ROCA SASTRE—la hipoteca no entraña una mera expectativa, sino un verdadero gravamen o carga real, que provoca un estado de vinculación estatal, con su rango, en la finca o derecho real inmobiliario hipotecados, con plena eficacia *erga omnes*» (2).

Consecuencia directa de su sustancia real y de la vinculación actual del valor en cambio del bien hipotecado es que la hipoteca produzca una serie de pretensiones *erga omnes* en orden a que se evite todo menoscabo de dicho bien que pudiera lesionar el señorío jurídico-real en que consiste (3), o, lo que es lo mismo, durante su fase estática la garantía hipotecaria se halla defendida contra las causas que pueden provocar la extinción o una disminución del valor del bien, incidiendo sobre la cosa en su estado físico o por medio de efectos jurídicos (4).

Y es comprensible que sea así; el acreedor obtiene la garantía mediante la vinculación del valor del bien hipotecado a la satisfacción del crédito. Mas el valor en cambio de un bien no es en sustancia otra cosa sino la representación monetaria correspondiente a una determinada condición material y jurídica del mismo, y, por ende, cualquier deterioro en dicha condición tiene reflejo inmediato en su valoración y, en definitiva, sobre la garantía hipotecaria constituida. Si el acreedor hubiera de permanecer inerte frente a los peligros que pueden amenazar o materializarse en la cosa gravada, a bien poco quedaría reducida (en teoría, se entiende) su garantía hipotecaria, e incluso cabría dudar de la existencia de un verdadero derecho en su favor: un derecho sin tutela, un derecho que no pueda reaccionar frente a lo que atente a su integridad y plenitud no es un genuino poder jurídico.

No es esa, desde luego, la situación. Si el acreedor, en general, goza de medios para conservar y reponer la solvencia patrimonial del deudor, con mayor razón el acreedor contemplado en forma especial a efecto de garantía, cual es el acreedor hipotecario, ha de estar dotado

(2) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, IV, 2.º Barcelona, 1968, páginas 944-945. Cfr. en relación a la autonomía jurídica del derecho de hipoteca el meritorio trabajo de SILLERY: *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*. Caracas, 1968, págs. 93 y sigs.

(3) WOLFF: *Derecho de cosas*, II. Barcelona, 1937, pág. 180.

(4) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», dirigido por Cicu y Messineo. Milán, 1956, página 343.

de recursos que le permitan defender y conservar la garantía a su favor existente, y, en consecuencia, de la misma manera que se habla de que el deudor está en el deber de mantener su propia solvencia, cabrá hablar también de que el titular está en el deber de no atentarse contra el valor del bien hipotecado.

Todo lo que cause o sea susceptible de causar, con peligro real y próximo, una disminución en el valor del bien es un golpe frontal contra la hipoteca sobre el mismo asentada, en cuanto reduce la cuantía monetaria que ella sujeta y adscribe a la realización del crédito asegurado; todo lo que económicamente desmejore al bien es un atentado contra la garantía del acreedor, y debe, por tanto, estar éste dotado de los pertinentes poderes que le permitan afrontar y presentar batalla al nuevo estado de cosas surgido, claro está, siempre que el acaecimiento de que se trate no sea algo normal o esté fuera del radio de decisión de las personas en contacto jurídico con el bien.

Ha de corresponder, pues, al acreedor hipotecario el derecho al restablecimiento y defensa de su garantía, y debe, como natural contrapartida, soportar el hipotecante o tercer poseedor la obligación de no disminuir o extinguir la eficacia de dicha garantía, con lo que, en definitiva, el vínculo hipotecario viene a ser, según hace notar PALUMBO, una limitación del derecho de propiedad en todo cuanto pueda lesionar el derecho del acreedor hipotecario, deteriorando el bien o disminuyendo su valor o posibilidad de realizar en la ejecución el valor adecuado (5).

De lo que va dicho se desprende que una adecuada tutela de la posición jurídico-económica del acreedor hipotecario requiere la concesión al mismo de los oportunos poderes tanto cuando la disminución de valor del bien ya se ha producido como cuando tan sólo configura una amenaza o peligro temido; poderes que en el primer caso serán reparatorios o de restablecimiento y en el segundo preventivos o cautelares.

En el Derecho venezolano, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos civiles italiano y alemán, sólo existe expresa protección para el acreedor hipotecario en el caso de que el daño ya se ha ocasionado. En consecuencia, sólo cabe estudiar los recursos reparatorios con que el mismo cuenta para el caso de pérdida o disminución de la garantía hipotecaria; pues bien, dentro del limitado campo que esta característica conforma, el presente trabajo se va a ocupar de los presupuestos que entraña la situación jurídica denominada «disminución» de la garantía hipotecaria.

(5). PALUMBO: *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*, Padua, 1937, página 31.

1. *Presentación del tema*

La pérdida y la disminución de la garantía hipotecaria están contempladas en el artículo 1894 del Código civil venezolano, el cual, teniendo como antecedente próximo el artículo 1980 del Código civil italiano de 1865, dispone: «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantía del crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido.» Similar idea tuitiva con una u otra forma de manifestación y oportunidad de actuación se encuentra recogida en la generalidad de los ordenamientos civiles modernos (art. 2131 del C. c. francés, art. 1133 del C. c. alemán, art. 117 de la L. H. española, art. 79 de la L. H. belga, art. 2743 del C. c. italiano, etc.).

La primera consideración que surge de la lectura del precepto transcrito es la relativa a cómo deberá coordinarse el mismo con aquel otro precepto general que impone al deudor la pérdida del beneficio del término acaecidas determinadas circunstancias en orden a su situación patrimonial: «Si el deudor se ha hecho insolvente—preceptúa el art. 1215 del C. c. venezolano—, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo» (en forma similar o parecida se expresan los artículos 1186 del C. c. italiano, 1188 del C. c. francés, 1129 del Código civil español, etc.).

Entresacando de los diversos supuestos que contempla la norma el único que guarda relación con el tema en estudio, la disminución (o la pérdida) de la garantía otorgada (en la hipótesis de que ésta sea de naturaleza hipotecaria), se plantea, pues, como punto previo a la entrada en materia el dilucidar y aclarar la relación existente entre ambos preceptos.

2. *El problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano.*

No es problema de fácil solución la interpretación armónica de los artículos 1215 y 1894 del Código civil (o sus equivalentes de los Códigos civiles que recogen esas dos normas).

Tradicionalmente, la doctrina se ha apoyado para distinguirlas y para señalar el caso de actuación de cada una en la circunstancia de que en la norma general relativa a la pérdida del beneficio del término se

exige que la disminución de las garantías haya tenido lugar por hecho o acto propio del deudor, mientras que en la relativa a la hipoteca la aludida disminución debe haber acaecido por caso fortuito. El artículo 1215, según esta interpretación, se referiría al hecho propio con exclusión del fortuito, mientras que el artículo 1894 haría referencia al hecho fortuito con exclusión del propio. En forma masiva la doctrina francesa toma esta dirección:

TROPLONG señalaba que o las seguridades hipotecarias han disminuido por el hecho del deudor, en cuyo caso procede aplicar el artículo 1188 del Código civil francés (equivalente al 1215 del nuestro), o han sido disminuidos por fuerza mayor, supuesto en el que hay que remitirse al artículo 2131 (similar al art. 1894 del C. c. venezolano) (6). Según PONT, la garantía hipotecaria puede perderse o degradarse por el hecho o la falta del deudor, y se aplica el artículo 1188, o sin su hecho ni falta, y actúa el artículo 2131 (7). Para BAUDRY-LACANTINEIRE deben distinguirse dos hipótesis: en la primera, la pérdida o disminución de las garantías es el resultado de un hecho del deudor, aplicándose el artículo 1188, y en la segunda, la pérdida o disminución se ha producido sin el hecho del deudor, por un acontecimiento de fuerza mayor o por el hecho de un tercero detentador, rigiendo entonces el artículo 2131 (8). Más recientemente, PLANIOL y RIPERT sostienen que el artículo 2131 supone que la garantía hipotecaria primitivamente constituida ha perecido o disminuido por caso fortuito, pero que dicho precepto es inaplicable cuando la pérdida o la disminución de las garantías se debe a actos del deudor, pues en este caso se aplica el artículo 1188 (9).

También un buen sector de los autores italianos participaba de esta tesis; tal era el caso de RICCI (10), COVIELLO (11), DI PAGE (12), GORLA (13), etc.

La verdad es que semejante construcción no resiste los embates de una adecuada crítica ni siquiera desde el ángulo de la triple literalidad

(6) TROPLONG: *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Des privilèges et hypothèques*, II. Bruselas, 1835, pág. 386.

(7) PONT: *Commentaire-Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II. París, 1880, pág. 86.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES: *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II. París, 1899, páginas 488-489.

(9) PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, XII. La Habana, 1942, pág. 413.

(10) RICCI: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, X. Turín, 1886, página 329.

(11) COVIELLO: *Delle ipoteche*. Roma, 1936, pág. 248.

(12) DI PACE: *Il pegno dei crediti*. Padua, 1939, pág. 19.

(13) GORLA: *Le garanzie reali dell'obbligazione*. Milán, 1935, pág. 155.

de los artículos, pues, como ha hecho notar PINO, si el silencio del artículo 1980 del Código civil italiano de 1865 (art. 1894 del C. c. venezolano) permitía incluir justamente el caso fortuito, no autorizaba, sin embargo, al intérprete para excluir el acto propio sólo porque lo había previsto el artículo 1176 (art. 1215 del C. c. venezolano) (14).

Según otra orientación, fundamentalmente italiana, la posibilidad de restablecer el término con la oferta de un suplemento debía llevar a la conclusión de que el artículo 1980 se inspiraba en el *favor debitoris*, y que este *favor* sólo podía explicarse limitando la eficacia de la disposición a la disminución sobrevenida por caso fortuito (15). A lo que replica PINO que la norma no puede estar inspirada en el *favor debitoris* porque la misma es eficaz y se aplica cuando el término se establece a favor del acreedor.

En fin, según este último autor no es posible hallar contraste alguno entre las dos normas en estudio. El artículo 1176 formulaba un principio general válido para todas las garantías, y junto a él estaba el artículo 1980, que constituía una norma especial; mas como la norma especial prevalece sobre la general, era obvio que limitadamente a las garantías reales encontrase aplicación el artículo 1980 y no el artículo 1176 (16).

Y por este camino es por donde creemos debe discurrir la indagación sobre la delimitación del campo de actuación de los artículos 1215 y 1894.

El artículo 1215, en forma general e indiscriminada, impone la decadencia del término cuando las garantías dadas para asegurar el cumplimiento de la obligación han disminuido por acto propio del deudor. La ley sólo toma en cuenta en esta hipótesis el hecho de que la seguridad del crédito se ha deteriorado en virtud de una actuación del deudor que, preordenada o no a tal fin, ha producido el debilitamiento. En qué consiste en concreto dicha actuación y cómo se materialice o manifieste carece de trascendencia, siempre y cuando el daño sufrido por el acreedor en orden a la firmeza y realizabilidad de su crédito tenga por causa remota la conducta del deudor.

Que sea justificada o no una disposición de tal signo es algo que cae fuera del objeto de nuestro estudio y entra en el ámbito de la racionalidad y oportunidad de las normas. Porque, efectivamente, puede pa-

(14) PINO: *La diminuzione della garanzia ipotecaria*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civili», 1947, págs. 88-89.

(15) CHIRONI: *Trattato dei privilegi, del pegno e delle ipoteche*, II Turín, 1918, pág. 363; ANDRIOLI: *Tutela dei diritto*, en «Commentario del Codice civile», dirigido por Scialoja y Branca. Bolonia-Roma, 1945, página 47. etc.

(16) PINO, loc. cit., pág. 89.

recer un tanto insólito que la desaparición del beneficio del término se haga depender de la existencia o no de un hecho del deudor y no, como parece más adecuado y justo, de la circunstancia objetiva de que el acreedor ha experimentado una efectiva merma en las garantías que ostentaba. Porque, ¿qué es, en definitiva, lo que persigue la norma al sancionar la decadencia del término ante la disminución de las seguridades? Sencillamente conjurar un eventual daño o tratar de fijar sobre el terreno uno ya producido mediante la eliminación del lapso de vencimiento del crédito. Que el acreedor pueda exigir de inmediato lo que se le debe porque, ante los acontecimientos producidos, el tiempo trabaja contra él; la demora, previsiblemente, ha de cooperar al debilitamiento de su posición jurídica.

Pues bien: si esto es así, según creemos, si la pérdida del beneficio del término se orienta a proteger los intereses del acreedor, a reforzar la efectividad del crédito, ¿tiene sentido negar tal consecuencia cuando la disminución de las garantías es resultado de un hecho natural o de un tercero extraño? No parece muy razonable.

Por otra parte, se observará que el vincular la decadencia del término al hecho de que la garantía se haya disminuido por acto del deudor conduce a las siguientes inconsecuencias: en primer lugar, el beneficio que obtiene el acreedor es meramente el reflejo del perjuicio que se le irroga al deudor al prescribir la pérdida del plazo, y esto no es, ciertamente, conveniente si, como hace un momento se apuntó, la *ratio* de la norma no es ésa, sino la de atender al sobrevenido debilitamiento de la posición crediticia mediante la eliminación del obstáculo que retrasa su realización o ejercicio (no es, pues, que a consecuencia de la desaparición del término se beneficie al acreedor, sino que como hay necesidad de favorecer al acreedor se impone dar por vencido el término pendiente), y en segundo lugar, a tener que entender la expresión acto propio como acto imputable o culposo, pues es lógico que, contemplada la pérdida del término como sanción a la conducta del deudor, ésta ha de presentarse, según las reglas ordinarias en materia de responsabilidad, como merecedora de castigo, y, desde luego, no es eso lo que dice la Ley (cuando siendo tal la intención hubiera sido mucho más simple y usual, como resalta RUBINO, hablar de disminución culposa...), ni la expresión acto propio cabe reconducirla e identificarla con la de acto imputable, pues la primera es, sin duda, mucho más extensa que la segunda en cuanto cabe que el acto de una persona no sea ni doloso ni culposo y, sin embargo, siempre será propio de la misma en razón de ser su autor.

Además, el artículo 1215 contempla tres hipótesis de decadencia del término: la insolvencia del deudor, la no constitución de las garantías prometidas y la aquí sometida a estudio; pues bien, respecto a las dos primeras la decadencia del término se produce con prescindencia de que las mismas hayan acaecido o no por el hecho del deudor (basta la simple realidad objetiva de su acaecimiento), mientras que la tercera, según la letra de la Ley, precisará para integrarse del acto propio del mismo. ¿Es esto razonable? Se argüirá que en aquéllas la situación es mucho más grave (ausencia total de garantías) que en ésta (simple disminución de la garantía), pero es obvio que una apreciación cuantitativa del peligro que corra el acreedor no puede provocar el cambio cualitativo de la figura en el sentido de que en unos supuestos precise del acto del deudor y en otros prescindan de él. Una recta conformación de la figura, y no hay duda de que el artículo 1215 contempla una única y sola figura jurídica (la decadencia del término sobrevenidas ciertas situaciones), debe apoyarse en unos presupuestos de hecho homogéneos y sin contrastes sustanciales. Por otro lado, entre la hipótesis de la disminución de las garantías y el no otorgamiento de las prometidas no sólo no hay diferencia cualitativa alguna, sino que también puede llegar a faltar toda diferencia cuantitativa apreciable cuando la disminución sea de tal entidad que prácticamente equivalga a la no existencia de garantías, e incluso se puede producir la plena identificación, a los efectos prácticos, de una y otra cuando la disminución sea total y plena. ¿Por qué, entonces, si la situación de peligro de los intereses del acreedor puede ser la misma, la desaparición de las garantías concedidas sólo provocará la pérdida del término cuando provenga de actos del deudor, mientras que la no concesión de las seguridades convenidas ocasionará tal efecto aunque se deba a circunstancias ajenas a la actuación del deudor?

De lo que hasta aquí va dicho parece puede concluirse que no es justo, lógico ni armónico exigir que para que tenga lugar la pérdida del beneficio del término hace falta que la disminución de las garantías existentes a favor del acreedor se deba a hecho propio del deudor. Tal consecuencia debería producirse también aunque la disminución en cuestión haya tenido lugar por un hecho extraño al deudor. Pero dejemos en este estado la cuestión sin perjuicio de reincidir en ella más adelante.

Pues bien: junto a la norma sancionada por el artículo 1215 del Código civil venezolano en los términos recién expuestos, los Códigos traen otra norma que contempla también la hipótesis de la disminución de las garantías otorgadas al acreedor: es el artículo 1894 de nuestro

Código o el equivalente de los Códigos civiles o Leyes hipotecarias de otros países. Sin embargo, mientras la primera de esas normas, junto a otras situaciones, contempla en forma genérica el debilitamiento de las seguridades existentes a favor del acreedor, cualquiera que sea la clase de las mismas, la segunda se circunscribe al simple y escueto campo de las garantías hipotecarias, al menos de acuerdo a la letra de la Ley, pues, dada la igualdad jurídica esencial, su aplicación debe extenderse también al campo de la prenda. GORLA, comentando el artículo 1980 del Código civil italiano de 1865 (similar a nuestro art. 1894), decía que aunque el mismo habla sólo de hipoteca, no debe haber ningún obstáculo para la extensión de la norma a la prenda, sobre la base de la unidad del instituto de la garantía real (17), y tal es lo que ha hecho el Código italiano de 1942, que en su artículo 2743 habla de cosa «dada en prenda» o «sometida a hipoteca».

Tendremos, pues, en definitiva, que frente al artículo 1215, comprensivo de cualquier especie de garantía, el artículo 1894 no puede llegar más allá de las garantías reales, y aun esto último, por lo que respecta a la prenda, mediante la utilización del instrumento analógico en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en que la Ley sólo menciona expresamente la garantía hipotecaria. Ya por este lado encontramos una primera delimitación entre una y otra norma.

Por otra parte, mientras el artículo 1215 contempla tan sólo el efecto o situación ya producido de disminución de las garantías, el artículo 1894 hace referencia también a tal acontecimiento sobrevenido, pero no con indiferencia de cuál sea la materialización del suceso que determina aquella consecuencia, sino circunscribiendo su esfera de actuación a los casos en que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido precisamente por perecimiento o deterioro de la cosa hipotecada. Diferencia esta del todo natural, ya que sería imposible hacer semejante precisión en orden a las garantías en general, que nos proporciona un nuevo elemento para la acotación de las normas en tratamiento: el artículo 1894, aun dentro del restringido campo de las garantías reales, sólo se aplica en los casos de pérdida o disminución de las mismas por destrucción o deterioro de las cosas objeto de gravamen. Por tanto, según destaca RUBINO, en la hipótesis de disminución de la garantía ya dada, el artículo 1215 (art. 1186 del C. c. italiano vigente) tiene todavía una autonomía propia circunscrita a los casos en que la disminución consiste en hechos distintos del perecimiento o deterioro material de la cosa y a los cuales no puede extenderse el artículo 1894

(17) GORLA, ob. cit., pág. 155.

(artículo 2743 del Código italiano), por ejemplo, en el caso de hechos que reduzcan el valor de la cosa dejando intacta su integridad material (18).

Respecto a este punto, PINO pretende hallar una diferencia adicional consistente en que la aplicabilidad del artículo 1894 depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino, además, del criterio relativo de la insuficiencia, cosa que no sucede con el artículo 1215, para cuya aplicación basta la mera disminución objetiva de la garantía. Según dicho autor, resulta así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación, y, por otra parte, que si bien el silencio que a este respecto guarda el artículo 1215 no debe interpretarse en el sentido de que dicha relación no haya de tomarse absolutamente en cuenta en la hipótesis que el mismo contempla, sus precedentes históricos, su fundamento y la misma formulación legislativa confirman que se ha de tomar en consideración el hecho objetivo de la disminución sobrevenida y no la entidad de la misma (19).

Nos parece que en tales apreciaciones hay exceso y que el autor citado trata de establecer una diferencia donde no hay otra cosa sino la simple adaptación de un dispositivo jurídico único a las peculiaridades del caso por el mismo normado. Efectivamente, el artículo 1215 no habla para nada de insuficiencia de la garantía, sino tan sólo de disminución, mientras que el 1894 nos dice que el deterioro de la cosa hipotecada ha de ser tal que la haga insuficiente para garantizar el crédito, pero de ahí no cabe derivar que en la primera hipótesis baste la simple circunstancia de la disminución objetiva de las garantías otorgadas, cosa que no sucedería en la segunda. En realidad, no obstante la letra de la Ley, cuando el artículo 1215 habla de disminución de las seguridades está contemplando una situación en la que necesariamente ha de tomarse en consideración, en primer término, los intereses del acreedor: es más, nos atreveríamos a sostener que la idea lógica que informa dicho artículo no es la de la simple disminución objetiva, sino la de que el acreedor ha visto comprometida la realización de su crédito, cosa que sólo puede tener lugar cuando la disminución sea de tal entidad que torne insuficientes las garantías, con lo que también en la norma en consideración entraría a jugar el criterio o pauta de la importancia de la rebaja sobrevenida y, en consecuencia, no habría forma de distinguir la misma, en base a tal criterio, de la otra norma con que se pretende contrarrestarla.

(18) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, en «Trattato di diritto civile italiano», dirigido por Vassalli. Turín, 1956, pág. 20.

(19) PINO, loc. cit., pág. 90.

La escueta circunstancia de que desde el punto de vista de los hechos haya experimentado disminución o desmedro una garantía no creemos sea suficiente para que entre a operar el mecanismo previsto en el artículo 1215, porque en el mismo la garantía se contempla, como es natural, no en sí, sino en cuanto seguridad del derecho del acreedor, y éste sólo sufre quebranto en dicha seguridad cuando la misma no alcanza a cubrir la íntegra (o la establecida) realización del crédito, esto es, cuando se ha tornado insuficiente, para determinar lo cual, de manera necesaria, habrá de tomarse en cuenta la entidad de la disminución acaecida o la relación entre el valor o cuantía de la garantía concedida y el valor o monto de la obligación garantizada. Lo que sucede es que el artículo 1215, al contemplar en forma general la situación de debilitamiento de las seguridades, no utiliza el término «insuficiente» que sí emplea el posterior artículo 1894 a propósito de la disminución de las garantías reales; pero se sirva o no el legislador de tal expresión, creemos que la noción de disminución de garantía sólo cabe entenderla institucional y teleológicamente como insuficiencia de lo que antes era suficiente. Con indiferencia de los medios jurídicos que le sirvan de instrumento, el concepto de garantía viene formulado siempre en atención al interés del acreedor y, por tanto, el estimar cuándo ha habido o no quebranto de la misma nunca podrá depender sólo del mero hecho objetivo de su disminución, sino de la necesaria relación entre ésta y la insuficiencia que ha provocado, para lo cual será imprescindible en toda hipótesis o situación valorar la entidad o cuantía de la disminución sobrevenida, único medio de poder concluir acerca de si la «garantía» del acreedor se ha afectado o no y, en consecuencia, de si deben entrar o no a operar los correctivos legalmente previstos.

Obsérvese, además, que de no aceptarse esta interpretación tropezaríamos con el siguiente obstáculo: Ya se ha dicho que el dispositivo establecido por el artículo 1894 sólo procede cuando la pérdida o disminución de la garantía real concedida provenga de destrucción o menoscabo de la cosa hipotecada, y que en cualquier otro caso en que, sin haberse producido estos eventos materiales, se generen aquéllas, es procedente la utilización del artículo 1215; ahora bien, si se sostiene, tal como hace PINO, que en la aplicación de la primera norma se precisa no sólo de la disminución, sino también de la insuficiencia de la garantía, mientras que para la actuación de la segunda basta el nudo hecho objetivo de la disminución, deberá concluirse que, tratándose de cosa sujeta a hipoteca en unos casos, perecimiento o deterioro, procederá un determinado régimen jurídico (el del art. 1894), mientras que en otros, no afectación material de la cosa, aunque reduzca su valor, operará

otro distinto (el del art. 1215). Y esto no es fácilmente admisible, pues, tratándose de un solo y único tipo de garantía (garantía hipotecaria), su tratamiento jurídico debe ser también unitario, es decir, que haga falta en todo caso el requisito de la insuficiencia o que no lo haga en ninguno; cosa distinta es que, tratándose de diferentes especies de garantías, en unas no se exija más que la disminución objetiva y en otras se requiera, además, el criterio relativo de la insuficiencia; pero lo que no cabe es que, en relación a la concreta variedad de garantía hipotecaria, acaecido el hecho objetivo de su disminución, baste en unas oportunidades esta sola circunstancia y se precise en otras, además, una determinada entidad o gravedad de la misma, según cuál sea su causa productora.

Esta última consideración, que implica una clara *reductio ad absurdum*, constituye un argumento más, que nos lleva a rechazar aquella diferencia adicional que PINO pretende hallar entre el régimen del artículo 1215 y el del artículo 1894.

Ya se ha visto cómo la opinión tradicional, particularmente la francesa, respetuosa en exceso con el hecho de que el artículo 1215 (o sus similares) hable de actos propios del deudor, sostenía que dicho artículo se aplicaba cuando la pérdida o disminución de la garantía se debía a acto del deudor, mientras que si tales acontecimientos se habían ocasionado fortuitamente, procedía, tratándose de garantía hipotecaria, aplicar el artículo 1894.

Aun dejando ahora a un lado toda consideración en orden a lo justificado o no de rechazarse en el régimen pautado por el artículo 1215 la disminución de las garantías debida a hecho extraño al deudor, punto sobre el que anteriormente expresamos grandes dudas dada la *ratio iuris* del precepto, lo cierto es que, al excluirse del supuesto de hecho previsto por el artículo 1894 toda hipótesis en que la disminución de la garantía, no se debiese a caso fortuito si se quería ser lógico, y los autores franceses lo fueron, debía darse a la expresión hecho propio un significado especial que, desde luego, no era el originario y genuino.

En efecto, al hecho propio no se le opone el hecho fortuito, sino el hecho ajeno, mientras que al hecho fortuito se le opone el hecho culposo o voluntario. Si estas nociones se hubiesen aplicado estrictamente, debería haberse concluido que el artículo 1894 también era susceptible de aplicarse cuando la disminución fuese causada por un hecho que, aun proveniente del deudor, no le fuese imputable, que, sin duda, es un hecho propio de él; mas como esto no era posible, dada la posición apriorística de que se partía en el sentido de que existiendo hecho de!

deudor había que remitirse en todo caso al dispositivo del artículo 1215, no quedaba otra salida razonable que no fuese la de identificar hecho propio y hecho inmutable. Así todo resultaba armónico: el artículo 1215 sancionaba la conducta culposa o la falta del deudor; el artículo 1894, inaplicable, como es natural, en caso de falta, pues para eso ya existía el citado dispositivo, quedaba circunscrito a la disminución sobrevenida por caso fortuito. Hecho propio era lo mismo que falta, y, en consecuencia, necesariamente, el artículo 1894 tenía que circunscribirse al caso fortuito, so pena de resultar una norma innecesaria o contradictoria; tan es así, que el legislador belga, al redactar el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1851, se creyó obligado a añadir una precisión que no había incluido el artículo 2131 del Código Napoleón, que le servía de modelo: la de que se admitirá al deudor ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar *sin su falta*.

¿Cuál fue la razón de semejante tergiversación? En primer lugar, según creemos, un encomiable propósito de armonizar los preceptos legales en consideración; si ambos contemplan la figura jurídica de la disminución de las garantías, por más que uno sea en plano general y otro circunscrito a la hipoteca, forzosamente se han de referir a causas distintas generadoras de la misma, pues lo contrario implicaría una redundancia o, lo que es más grave, una contradicción, y a ello ayuda la circunstancia de que, mientras el artículo 1215 habla de hechos del deudor, el 1894 no trae precisión alguna en tal sentido. Por otra parte, como el primero de dichos artículos, sobrevenida la disminución, tan sólo contempla la decadencia del término para el deudor, mientras el segundo aparentemente faculta a éste para detener semejante consecuencia ofreciendo un suplemento de hipoteca, esto cuadraba perfectamente con la discriminación señalada y hasta venía a exigir, a mayor abundamiento, el juego de la misma, pues si en una hipótesis la situación del deudor es más grave en cuanto no cuenta con ninguna posibilidad para detener la caducidad del término, mientras en la otra su posición es más benigna por contar con el recurso de ofrecer una garantía complementaria suficiente, ello constituía la prueba irrefutable de que en un caso la pérdida o disminución se debía a culpa del deudor, mientras que en el otro era fortuita. Como dirían BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, y repetirán después los respetuosos y conservadores civilistas franceses, la pérdida o la disminución de la garantía hipotecaria puede ser el resultado de un hecho del deudor o de un acontecimiento de fuerza mayor, y sería injusto someter dos casos tan disímiles a una

sola y misma regla (20); como en tantas otras ocasiones, el fino sentido práctico de la doctrina gala había resuelto sin mayores esfuerzos un complicado problema, aunque para ello se hiciere preciso trasladar al legislador los deseos propios y manejar con poca precisión y rigor conceptos técnicos.

Con lo cual quedaba cerrado el ciclo y la construcción aparecía ordenada y armónica. Cuando la pérdida o disminución de la garantía acaecía por culpa del deudor, ante la mayor gravedad de la situación planteada correspondía una sanción más dura: la pérdida del beneficio del término sin posibilidad de opción. Cuando tales acontecimientos hubieren sobrevenido por un evento fortuito, en razón de la ausencia de culpa del deudor procedía una reacción más benigna: posibilidad de evitar la caída del término mediante la constitución a favor del acreedor de nuevas garantías que le restituyesen la originaria seguridad de su derecho.

Mas en el mundo jurídico, en aras de una pretendida armonía, no se puede desconocer la realidad de las cosas, y lo cierto es que en la materia en consideración los términos legales y la utilización rigurosa de las categorías técnico-jurídicas no permitían arribar a las conclusiones a que casi unánimemente llegaba la dogmática francesa. Veamos por qué.

Como tantas veces se ha señalado, el artículo 1215 (o sus modelos francés e italiano del 65) contempla el supuesto de disminución de la garantía por hecho o acto propio del deudor (*par son fait*, dice el artículo 1188 del C. c. francés), mientras el artículo 1894 (al igual que sus inspiradores) se contrae al caso de la disminución de la garantía hipotecaria sin precisar nada en orden a su causa productora remota; pues bien, si del silencio de este último precepto cabía derivar, como con acierto aduce PINO, la inclusión del caso fortuito, de ninguna manera era posible concluir que queda excluido el hecho propio tan sólo porque lo hubiese previsto el artículo 1215. Una interpretación racional y lógica de ambos preceptos debía conducir, pues, a que no era posible

(20) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES: Ob. cit., II, pág. 488. Es curioso que un estudioso italiano del Código Napoleón, L. CHIESI, no obstante la uniformidad de los civilistas franceses sobre este punto, se percatase de cuál debía ser el planteamiento adecuado y, en tal sentido, escribiese: «El artículo 2131 (del Código francés) no distingue si los inmuebles hipotecados perecieron o se deterioraron por caso fortuito o por culpa del deudor, y por ello yo creo que tanto en un caso como en otro compete al acreedor el derecho acordado por la disposición del artículo citado» (CHIESI: *Il sistema ipotecario illustrato*, III. Florencia, 1855, página 485).

circunscribir el último de ellos a aquellos casos en que el debilitamiento en la garantía se había producido fortuitamente.

Pero es que, en realidad, ni siquiera hace falta acogerse a esta interpretación comparativa y contrastadora, sino que basta con entender y aceptar los términos legalmente utilizados en su estricta aceptación teórica. En efecto, según antes se apuntaba, la expresión *hecho propio* no es sinónima o equivalente a hecho imputable o culpable, y, por tanto, no cabe contraponerla a hecho fortuito, sino a hecho extraño o ajeno; la noción de hecho propio del deudor, dice RUBINO, no se restringe a una verdadera culpa suya, sino que comprende toda causa que de cualquier modo provenga de éste (aunque sea por vía indirecta, es decir, por la actuación de sus auxiliares), por ejemplo, debido a inercia no imputable (enfermedad, etc.), resultando excluidos tan sólo los hechos naturales o de terceros extraños (21). Esta es la doctrina exacta. En la expresión hecho propio quedará incluida, sin ninguna duda, la falta o culpa del deudor, pero la misma es susceptible de abarcar también toda acción u omisión del obligado que no siéndole imputable (ni como dolosa ni como culposa) tenga que considerarse como propia en cuanto proviene directa o indirectamente de él; o, en otras palabras, que el hecho propio no excluye el caso fortuito.

En definitiva, el artículo 1215 del Código civil se referirá a todo caso de disminución de la garantía por hecho propio del deudor, bien pueda catalogarse el mismo de falta o bien merezca la calificación de acontecer fortuito. Esto por un lado, porque por el otro, como el artículo 1894, en relación a la disminución de la garantía hipotecaria, no

(21) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare*, ob. cit., págs. 359-360. Uno de los pocos civilistas que se han percatado de que el hecho propio del deudor puede constituir, en determinadas circunstancias, un supuesto de caso fortuito ha sido CASTÁN TOBEÑAS, frente a la corriente tradicional, casi unánime, que estima que el hecho del deudor no puede nunca calificarse de fortuito (cfr. por todos GIORGI: *Teoria de las obligaciones en el Derecho moderno*, II. Madrid, 1928, págs. 37-38). Para el gran maestro hispano, la existencia del caso fortuito precisa de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y, por consiguiente, no imputable a él. Y, con exactitud, agrega: «Mas esto no quiere decir que el hecho constitutivo de caso fortuito haya de ser ajeno en absoluto a la persona y actividad del obligado. Es cierto que los comentaristas del Código francés y del italiano entienden que los hechos constitutivos del caso fortuito han de ser extraños al deudor; pero en el Código civil español no encontramos esa limitación, pues el artículo. 1105 sólo exige que se trate de sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. *Doctrinalmente tampoco nos parece admisible dicha restricción*. Lo esencial para constituir el caso fortuito—dice VALVERDE—no es que se trate de actos propios o extraños, sino que no sean imputables al deudor por concurrir dolo, morosidad o contravención del obligado» (CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III. Madrid, 1958, pág. 163).

contiene señalamiento en orden a la causa productora de la misma, deberán incluirse en el supuesto por él contemplado no sólo los hechos culpables del deudor, sino también los eventos fortuitos; mas ahora, respecto a estos últimos, sin distinguir entre aquellos que puedan considerarse hechos propios del deudor y aquellos que consistan en meros hechos naturales o correspondan a tercero. En consecuencia, la diferencia entre los artículos 1215 y 1894 respecto a los hechos productores de la disminución de la garantía quedaría establecida de la siguiente manera: el primero operaría cuando la aludida circunstancia se haya producido por hecho del deudor, con indiferencia de que el mismo sea voluntario o involuntario, esto es, culpable o fortuito, siempre que el deudor sea su autor; el segundo, por el contrario, prescindiría de esta última consideración y se aplicaría con indiferencia de que el hecho nocivo sea imputable o fortuito y de que sea propio o extraño al deudor. Tal es la forma como, en este punto, deben interpretarse los artículos en consideración de los Códigos civiles venezolano, francés e italiano de 1865, al menos por el momento.

El Código italiano de 1942, en su artículo 2743, ha modificado la redacción que el Código de 1865 había dado a su artículo 1980, al señalar que «cuando la cosa dada en prenda o sometida a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea *por caso fortuito*...». La nueva redacción obliga, claro está, a incluir en la norma que el artículo establece las disminuciones sobrevenidas por caso fortuito, pero en cuanto habla de *aunque* fuerza también a englobar las acaecidas por hecho voluntario o imputable, ya que dicho término implica la necesaria, implícita y sobreentendida contemplación de la categoría de eventos contrapuesta a la que el mismo se refiere: la categoría de los eventos imputables. Mas por la secular costumbre de identificar hecho propio y falta del deudor, PINO, que en algún lugar de su trabajo pone en duda semejante equivalencia, no advierte la aludida circunstancia y erróneamente afirma que hoy la nueva formulación de la norma da la neta sensación que se refiere también a la disminución ocurrida por hecho propio, pues no se ve qué interpretación se puede dar a la palabra *anche* sino la de sobreentender «no sólo por acto propio» (22). La no discriminación entre acto propio y falta del deudor, como género y especie, respectivamente, lleva a PINO, no obstante lo acertado de sus planteamientos, a incurrir en una patente incongruencia, ya que, según su afirmación, cuando el hecho causante de la disminución, pese a ser propio del deudor, no le sea imputable, como bien puede suceder, el artículo en cuestión vendría a decir: si la cosa perezca o se deteriora no sólo por caso fortuito, sino

(22) PINO, loc. cit., pág. 94.

también por caso fortuito (o, si se quiere, en general, para adecuarnos a los términos del artículo 1271 del Código civil venezolano, por causa extraña no imputable al deudor) (23).

Los planteamientos que anteceden, según decíamos, nos parecen de obligada admisión en la interpretación de los correspondientes artículos de los Códigos venezolano, francés e italiano que forman, en líneas generales, un bloque unitario en la regulación de la materia. Otra es la situación, por el contrario, en el Código civil español, cuyo artículo 1129 dispone que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo: «... 3.º Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»

En este precepto, aunque también se utiliza la locución «actos propios», no puede darse a la misma el sentido que anteriormente señalábamos, pues aparece empleada en clara contraposición al caso fortuito, y, por tanto, mal podrá incluir en forma alguna este tipo de acontecer. En efecto, si el ordinal 3.º del artículo 1129 dispone que el deudor pierde el plazo cuando por actos propios disminuye las garantías dadas, y a continuación asigna el mismo efecto a la desaparición de las garantías por caso fortuito, salvo reposición, ello significa que cuando, en virtud de un evento fortuito, se haya producido no la pérdida, sino la simple disminución de las seguridades otorgadas, no entrará a jugar la sanción de la caducidad del término, pues este efecto sólo lo impone la Ley en el supuesto más grave de desaparición, y, en consecuencia, la expresión acto propio en ningún caso puede extenderse al caso fortuito so pena de instaurar en el citado ordinal 3.º del artículo 1129 una contradicción insuperable, ya que de no ser así la primera parte del mismo abarcaría la disminución de las garantías acaecida por ciertos hechos fortuitos (en cuanto provenientes del deudor), mientras que tal posibilidad vendría negada por la segunda parte del dispositivo legal al contemplar el caso fortuito en relación exclusivamente a la desaparición o pérdida de las seguridades otorgadas.

En el Código español, pues, los términos «actos propios» han de entenderse por necesidad en el sentido de hecho imputable o voluntario, excluyente, por tanto, de cualquier acontecer fortuito; aquí sí sería plenamente aplicable la construcción francesa de que hecho propio significa y contempla la falta o culpa del deudor. Además, la aludida in-

(23) Hacemos la advertencia de que si en este trabajo, por comodidad, se utiliza la expresión «caso fortuito», la misma debe entenderse en el sentido de causa extraña no imputable, categoría esta que comprende, como una de sus especies, el caso fortuito *stricto sensu*: cfr. al respecto MADURO LUYANDO: *Curso de obligaciones*. Caracas, 1967, págs. 212 y sigs.

interpretación se concilia perfectamente con las normas que el ordenamiento civil español trae en materia de disminución de la específica garantía hipotecaria.

El artículo 117 de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1946 establece que «cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo su valor, por *dolo*, *culpa* o *voluntad* del dueño, podrá el acreedor hipotecario...», y obsérvese que esto es perfectamente congruente con lo más arriba señalado, pues habiéndose previsto en forma general la disminución de las garantías por hecho imputable al deudor viene ahora a contemplarse la disminución de una concreta variedad de garantía, la hipotecaria, y en relación a dicho supuesto la norma exige el dolo, culpa o voluntad del dueño, con lo que, aquí todavía menos, no puede haber duda de que queda excluida la causa extraña no imputable. En este sentido, dice MORENO QUESADA que la Ley, al hablar de «dolo, culpa o voluntad», utiliza una expresión de contenido muy amplio en cuanto contempla las distintas posibilidades del acto humano, es decir, del hecho voluntario, en definitiva toda actuación imputable, entendido esto en el sentido de que le resulte atribuible al dueño de la finca; tanto quiere expresar como la locución «actos propios» que emplea el artículo 1129, 3.º del Código civil (24).

En algunos de los Códigos civiles venezolanos anteriores al vigente el artículo relativo a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria traía una distinta redacción que si bien no permitía, a la letra, admitir la interpretación tradicional que rechazamos, sí daba cierta base, empero, para argumentar en su defensa.

El artículo 1823 de los Códigos civiles de 1873 y 1880 disponía que «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, aunque el plazo no esté vendido»; se observará que no menciona la posibilidad de que el acreedor pueda pedir el pago inmediato de su crédito, caso de que no se practique el suplemento de hipoteca (25), y ello permitiría quizá pensar que en cuanto el efecto principal de toda disminución de garantía (la pérdida del beneficio del término) se halla negado, hasta por vía subsidiaria, en el caso especial de que la garantía negativamente afectada sea de índole hipotecaria tal acontecer se debe a que en éste ha de faltar (en la hipótesis contemplada por la Ley) un elemento particular-

(24) MORENO QUESADA: *La acción de devastación*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas», VI. Pamplona, 1969, página 565.

(25) A partir del Código civil de 1896 la redacción del correspondiente artículo es ya la actual.

mente importante y grave: la falta o culpa del deudor. ¿Por qué tratándose de garantías en general su disminución acarrea la caída del plazo, mientras que si la garantía es hipotecaria dicho suceso sólo da lugar al efecto, sin duda menos grave, de que el acreedor tenga derecho a un suplemento de hipoteca? Sencillamente, podría contestarse, porque en el primer supuesto la ley exige la culpa del deudor, mientras que el segundo sólo tiene lugar cuando el hecho que lo provoca es fortuito: la ausencia de voluntariedad determina la menor sanción en este segundo supuesto.

Así, SANOJO, aunque sin argumentar y posiblemente sin percatarse de la diferencia entre el precepto que comenta y el artículo 2131 del Código civil francés, nos dice, trasladando a la letra la tesis de la doctrina francesa, que para la aplicación de la disposición en estudio hace falta, entre otras condiciones, que la hipoteca se haya hecho insuficiente por pericimimiento o deterioro de los bienes hipotecados acaecido por caso fortuito o fuerza mayor y no por culpa o hecho (para él, como para los autores franceses, hecho y culpa o falta es lo mismo) del deudor, porque en este caso el acreedor podrá exigir el inmediato cumplimiento de la obligación sin esperar el vencimiento del plazo (art. 1111) (26).

De todas maneras, según pensamos, la aludida argumentación, aunque intrínsecamente tuviese una fortaleza que en forma evidente no la tiene, debería rechazarse porque la misma tendría su apoyo material en una norma en la que evidentemente se cometió, al menos, un error de transcripción al ser incorporada al Código civil venezolano. En efecto, el artículo 1823 de los Códigos civiles de 1878 y 1880 establece que, producida la insuficiencia hipotecaria, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, *aunque el plazo no esté vencido*, de lo que, por argumento *a contrario*, parece debería deducirse que estando vencido el plazo de una obligación hipotecariamente garantizada, aunque los bienes afectados no hayan pericido ni sufrido deterioro, el acreedor tiene derecho a una ampliación de su hipoteca, algo que, sin duda, es absolutamente descabellado e inadmisible. La frase *aunque el plazo no esté vencido* no guarda, ni puede guardar, ninguna relación con el derecho del acreedor al suplemento, sino que sólo tiene sentido cuando se la relaciona con el derecho del mismo a obtener el pago inmediato de su acreencia una vez perdida o disminuida la garantía hipotecaria, lo que nos debe llevar a suponer que cuando se recibió la norma extranjera inintencionalmente se omitió u olvidó la expresión «y, en su defecto,

(26) SANOJO: *Instituciones de Derecho civil venezolano*, IV. Caracas, 1873, pág. 339.

al pago de su acreencia», que, por necesidad, debe preceder a aquella frase, y tal es, desde luego, la interpretación, más benigna y generosa que cabe hacer de la actuación del codificador de 1873 en esta materia.

Tenemos, según creemos, deslindados los campos correspondientes a los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano: disminución de la garantía genérica por hecho propio (*lato sensu*) del deudor, en el primero, y disminución de la específica garantía hipotecaria por cualquier tipo de acontecer, en el segundo. Pues bien: aun entendiendo, según se ha hecho notar, que en la primera hipótesis deben encuadrarse aquellos casos en que la disminución de las garantías haya sobrevenido por hecho fortuito aunque propio del deudor, mientras que en la segunda no hace falta esta última circunstancia, el engarce entre una y otra norma, que evidentemente responden a una misma preocupación y se orientan hacia un mismo objetivo, resulta forzado e inarmónico.

Porque, en efecto, ¿cuál es la *ratio* de ambas normas? Evidentemente la de proteger al acreedor contra la sobrevenida disminución de las garantías que en su día le fueron concedidas, y si esta es la finalidad última y trascendental de los dispositivos jurídicos en estudio, ¿tiene sentido negar *in genere* la protección cuando la disminución se haya producido por hecho extraño al deudor y concederla, en cambio, en esta misma hipótesis caso de que la garantía constituida sea de naturaleza hipotecaria? Nos parece que no.

Si el propósito del legislador es acudir en defensa del acreedor que ve peligrar su derecho por razón del debilitamiento de las garantías que al mismo protegían, y al efecto dispone a su favor la posibilidad de exigir inmediatamente la ejecución de la prestación debida, no se comprende por qué en relación a las garantías en general hace falta que la disminución haya sobrevenido por hecho del que sea autor el deudor, mientras que tratándose de garantía hipotecaria semejante circunstancia no se toma en cuenta para nada. Ni se comprende tampoco el motivo de que tanto en uno como en otro supuesto no sea considerada únicamente la situación objetiva de que la garantía dada ha sobrevenido deficitaria, con prescindencia de la causa que haya originado este acontecer, que es la que de manera lógica armoniza con la *ratio* de las normas.

Tanto el artículo 1215 como el artículo 1894 del Código civil están signados por un claro propósito de *favor creditoris* y, en consecuencia, el mismo no puede ni debe quedar marginado por el hecho de que en el resultado que se contempla haya participado o no la actividad del deudor. Hecho del deudor (voluntario o involuntario) o hecho extraño al mismo es algo que carece por completo de sentido cuando se ha pro-

ducido una disminución de las garantías y en base a ésta se permite al acreedor actuar en un determinado sentido. La autoría del deudor, máxime si, como se vio, la misma no cabe identificarla con la idea de falta o culpa, no tiene incidencia ni repercusión una vez que ha tenido lugar el debilitamiento de la situación del acreedor, circunstancia que conforme al supuesto de hecho de la norma

Sostener lo contrario nos llevaría, por un lado, a tener que identificar la locución acto o hecho propio con hecho imputable y, por el otro, a trasladar, en la hipótesis del artículo 1215, el punto de incidencia de la norma, que de ser la protección del acreedor pasaría a ser la sanción del deudor, conclusiones a todas luces inadmisibles como pormenorizadamente se ha tenido ocasión de exponer en las páginas que anteceden. Aparte de que si la exigencia del actuar del deudor no puede conducir a la caracterización de su hecho como imputable en todo caso, es por entero intrascendente la distinción entre hechos propios y hechos ajenos, pues entre unos y otros no existirá, desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia intrínseca que avale su diferencia y separación.

Se nos dirá que, de ser así las cosas, el artículo 1894 estaría de más, porque, al contemplar unas condiciones de aplicación en todo similares a las del 1215, bastaría con esta última norma general. La objeción se puede contestar con facilidad.

En efecto, una norma se califica de especial respecto a otra cuando aplicada a un supuesto de hecho de idéntica sustancia produce, sin embargo, consecuencias distintas a las normales o generales; pues bien, si, según se pretende, el artículo 1215 sólo operase cuando la disminución es el resultado de un hecho del deudor, mientras que el 1894 tiene aplicación cuando aquélla se produzca por un hecho propio o extraño al deudor, ni siquiera cabría hablar de que el segundo representa una norma especial frente al primero, sino que se trataría de dos disposiciones completamente distintas y autónomas en cuanto contemplan situaciones de hecho diferentes, y esto no se han atrevido a sostenerlo ni los más ortodoxos civilistas franceses, como resulta de la circunstancia de que consideren siempre las mismas una en relación a la otra.

La realidad es de otro signo. El artículo 1894 significa una especialidad frente al 1215 precisamente porque, contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya producido), da lugar a distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca. Aquí es donde reside el carácter especial de la norma, y aquí

es donde se encuentra la justificación de su existencia; de ninguna forma, en la configuración que nosotros le atribuimos, resulta un precepto innecesario o reiterativo: antes bien, con la misma es como cobra su auténtica fisonomía de norma especial (y ello sin ocuparnos en este lugar de que la disminución debe derivar del deterioro de los bienes hipotecados y de la participación que en la misma pueda corresponder al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, circunstancias que, sin duda, contribuyen a reforzar la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215).

En suma: en nuestra opinión, al problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano (o sus equivalentes de los Códigos francés, 1188 y 2131; italiano de 1865, 1176 y 1980, e italiano de 1942, 1186 y 2743) debe darse la solución siguiente: el primero constituye una norma general aplicable a la disminución de las garantías con indiferencia de cuál sea su clase; el segundo, por el contrario, sólo se aplica en relación a la garantía hipotecaria (con posibilidad de extenderlo a la prendaria en base al instrumento analógico) dadas determinadas circunstancias por el mismo previstas. La razón de la especialidad respecto a este tipo de garantía se halla en que, teniendo la misma por objeto una cosa, sobrevenida su disminución por deterioro de ésta, el daño puede paliarse y el acreedor repuesto en su originaria situación de seguridad, sin necesidad de acudir *recta via* al cumplimiento inmediato de la obligación, mediante la concesión de una garantía complementaria suficiente. Pero en uno y otro es indiferente, pese a la letra de la Ley, que la disminución se haya producido por hecho imputable o no al deudor, por hecho propio o ajeno a éste; basta y es suficiente con la circunstancia objetiva de la disminución para que los dispositivos legales entren a operar, sin que proceda un previo discernimiento, en la hipótesis del artículo 1215, acerca de si semejante acontecimiento dañino ha sobrevenido por hecho propio del deudor.

La interpretación racional y teleológica de las normas en estudio conduce, pues, a la conclusión apuntada, y como el espíritu debe imponerse, de ser preciso, a la letra de la Ley, y como el sentido y alcance de un precepto, derivados de su estructura y función, no pueden resultar vulnerados ni en ninguna forma afectados por la mera dicción literal del mismo, es necesario estimar que la expresión «por hecho o acto propio» debe considerarse como no puesta, y, en consecuencia, que tanto el artículo 1215 como el 1894 del Código civil, cada uno en su respectiva esfera de actuación, contemplan el hecho objetivo de la disminución de las garantías cualquiera que sea la causa generadora de la misma.

3. *Perecimiento o deterioro del bien hipotecado*

A.—Clase de perecimiento o deterioro

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, el artículo 1894 contempla la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria debida al perecimiento o deterioro del bien hipotecado («cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes...»). Constituye éste, pues, el primero de los presupuestos de la norma a estudiar.

La disminución de la garantía hipotecaria, en consecuencia, sólo se tomará en cuenta, a los efectos del artículo 1894, cuando se haya ocasionado por el menoscabo o degradación del bien objeto de la misma (con indiferencia, eso sí, según nuestra opinión desarrollada detenidamente en el punto anterior, de cuál sea la participación y la culpabilidad del obligado). Ahora bien: si respecto a la fórmula reina general acuerdo, no sucede lo mismo en relación al alcance que debe atribuirse al término deterioro, ¿se restringirá el mismo a lo meramente material, o será susceptible de englobar lo que algunos llaman deterioro jurídico?

La doctrina francesa se muestra unida en torno a la tesis de que la disminución de las garantías constituidas ha de ser consecuencia de una pérdida o deterioro material, que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico (27).

Falta, en cambio, en la doctrina italiana esta uniformidad; los autores se dividen entre los que piensan que el deterioro en cuestión es únicamente el material y los que creen que alcanza también al jurídico. La opinión tradicional solía orientarse en la primera dirección en base a considerar que normalmente las partes toman en cuenta de manera fundamental la integridad de la cosa más que la estabilidad de su valor, siempre sujeto a oscilaciones (28); criterio este que hoy encuentra,

(27) PLANTOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411; BAUDRY LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, II, págs. 490-491; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, III, París, 1938, págs. 578-580; PONT, ob. cit., II, pág. 88; RIPERT y BOULANGER: *Tratado de Derecho civil según el Tratado de Planiol*, VII, Buenos Aires, 1965, pág. 317, etc. No obstante, aunque ubicado en el sector francés, el belga DE PAGE considera que el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de su país se aplica, de la misma manera que en el caso de pérdida, por la falta del deudor, tanto en el supuesto de pérdida material como en el de pérdida jurídica, si bien, erróneamente, estima que el caso más importante, y tal vez el único, de pérdida jurídica es la expropiación (DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VII, 1.º Bruselas, 1943, pág. 539).

(28) PACIFICI-MAZZONI y VENZI: *Istituzione di diritto civile italiano*, III, Turín, 1927, pág. 553; BIANCHI: *Delle ipoteche*, I, Turín, 1914, pág. 511; COVIELLO, ob. cit., pág. 249.

en opinión de diversos autores italianos, decisivo refuerzo en la nueva regulación dada a la materia por el Código civil de 1942.

En este último sentido, por ejemplo, D'AMELIO estima que el problema podía plantearse respecto al artículo 1980 del Código de 1865, del cual debían excluirse los daños jurídicos a los que se aplicaría el artículo 1176 del mismo, circunstancia que hoy no es posible por estar la materia recogida por el artículo 2812 del Código civil de 1942 (29); al regular este artículo y los siguientes, se dice, múltiples casos en que la disminución se produce por hechos jurídicos, ello debe entenderse en el sentido de que, a los efectos del artículo 2743, no deben considerarse tales actos como idóneos para provocar una disminución de la garantía (30). En opinión de ANDREOLI, la reducción de la garantía reclama la aplicación del artículo 2743 sólo cuando se den dos requisitos: debe tratarse de hechos materiales, los cuales ocasionen el deterioro de la cosa; si no se da el primer requisito y, no obstante, la garantía se reduce por la realización de actos jurídicos de disposición, se aplicarán, según cual sea el caso, los artículos 2812 a 2816; si, por el contrario, no obstante tratarse de actos materiales, se produce reducción de la garantía, no hay remedio, y tal hipótesis se presenta siempre que la reducción incide sobre el valor de la cosa, que, por otra parte, permanece idéntica en su integridad material (31).

Frente a esta corriente mayoritaria se levanta el parecer de RUBINO y PINO. El primero, ante la interrogante de si el artículo 2743 se aplicará también en aquellas hipótesis en que la garantía se pierda sin perecimiento o deterioro de una cosa material, estima que parece preferible la afirmativa, dado que la norma no se puede considerar excepcional, y, por tanto, es susceptible de extensión analógica (32); en una obra posterior ratifica y clarifica este criterio al escribir que no parece estrictamente necesaria una alteración de la consistencia material de la cosa, sino suficiente también la extinción o disminución de la garantía por otra causa, meramente jurídica, siempre que sea específica al bien hipotecado (33). El segundo afirma que la postura tradicional es inexacta porque no se puede negar, por ejemplo, a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico: el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la sepa-

(29) D'AMELIO: *Della responsabilità patrimoniale*, en «Commentario al codice civile», dirigido por D'Amelio, VI. Florencia, 1943, pág. 449.

(30) SANTORO PASSARELLI: *La surrogazione reale*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1926, pág. 454.

(31) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 48.

(32) RUBINO: *La responsabilità...*, ob. cit., pág. 21.

(33) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362.

ración de la cosa accesoria, que puede ser temporal, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria (34).

Entre los autores alemanes, dados los términos en que aparece redactado el parágrafo 1133 del BGB («si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca...»), se suele aceptar que en la protección que corresponde al acreedor hipotecario contra un riesgo ya ocurrido debe tratarse de daño material; así, para WOLFF, el primer requisito de la aludida protección consiste en que haya tenido lugar un menoscabo de la finca en sí o de las pertenencias afectas con ella a la hipoteca, o el hecho de alejar de la finca de una manera anormal las pertenencias; por otra parte, es indiferente el origen del menoscabo: si procede de un acto ejecutado contra derecho por el propietario o por un tercero (incendio intencional), si procede de un acto lícito (transformación de la finca gravada en camino público, elevación del nivel de una calle de suerte que la planta baja de la casa se convierte en sótano) o de un acontecimiento natural (rayo, pedrisco, terremoto) (35); NUSSBAUM habla de que tratándose de quebrantos ya producidos que vayan en menoscabo de la seguridad hipotecaria, el dueño de la finca debe evitar el perjuicio o ponerle remedio arreglando la finca o reponiendo por otros medios la garantía hipotecaria, y, seguidamente, señala que tal situación también se produce en el caso de destrucción de un edificio, cuando el solar no ofrezca la seguridad necesaria, si la demolición tiene por fin edificar uno nuevo, pero, además, tratándose de casas alquiladas, el mero hecho de desocupar las viviendas para prepararse a la demolición supone ya un quebranto para la seguridad del hipotecarista (36), lo que parece rebasar la hipótesis contemplada por el parágrafo 1133 circunscrita a menoscabos o deterioros de la finca en sentido material.

En el Derecho español, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria exige como condición para el ejercicio de la llamada por los autores acción de devastación que «la finca hipotecada se deteriorase»; pues bien, no hay acuerdo entre los autores hispanos acerca de lo que debe entenderse por deterioro y el ámbito que el mismo ha de abarcar.

ROCA SASTRE, frente a su posición anterior de entender que el concepto de deterioro implica que el quebranto sufrido por la cosa hipotecada sea de índole material, física, corpórea o de sustancia, y no de carácter jurídico, considera hoy, quizá influido por la nueva redac-

(34) PJNO, loc. cit., pág. 95.

(35) WOLFF, ob. cit., II, págs. 241-242.

(36) NUSSBAUM: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*. Madrid, 1929, página 199.

ción que al artículo 219 de Reglamento Hipotecario ha dado la reforma de 1959, que entre los actos más destacables que pueden originar la acción de devastación pueden señalarse los siguientes: a) El deterioro querido, total o parcial, del bien hipotecado por efectuar arbitrariamente alteraciones materiales en el mismo que conduzcan a la disminución de su valor en cambio o de realización. b) La explotación antieconómica del bien hipotecado minoradora de su valor en el tráfico jurídico. c) La depauperación material de la finca hipotecada por omisiones de su propietario, que a veces puede ser por actitud pasiva de los suyos, y en cuanto ello redunde en detrimento de su valor; y d) La actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado, que redunde, también, en disminución de su valor (37); lo que, sin duda, supone una cierta forma de admitir el deterioro meramente jurídico.

De manera mucho más amplia y explícita, DORAL considera que en el ámbito del artículo 117 de la Ley Hipotecaria no sólo están comprendidos los deterioros materiales, sino también los jurídicos. Para él, el criterio restrictivo de que el término deterioro ha de entenderse en el sentido de menoscabo sustancial o material de la cosa hipotecada resulta difícil de mantener si se tiene en cuenta que no todas las fincas objeto de hipoteca lo son «en sentido material», donde los deterioros normalmente tendrán este carácter; la noción de finca es más amplia desde el punto de vista registral y pueden ser objeto de hipoteca, además de entidades materiales, cosas incorpóreas o derechos que también se consideran como fincas desde este punto de vista registral: en estos casos es difícil concebir un deterioro material y, por tanto, siguiendo aquella interpretación, el acreedor carecerá de este medio de defensa (la acción de devastación) cuando se produjera la insuficiencia de la garantía a resultas de un deterioro jurídico. Se explica así que para él, el reciente artículo 219 del Reglamento Hipotecario (arrendamiento intencionalmente gravoso) no ha introducido una acción de nuevo cuño, distinta de la anteriormente existente, ni tampoco una ampliación de su ámbito, sino que se limita a aclarar y perfilar los efectos propios del artículo 117 de la Ley Hipotecaria mediante una interpretación que bien merece la calificación de auténtica; es más, en cuanto aquel precepto remite en forma expresa a este último, viene a confirmar la interpretación amplia del artículo 117 en el sentido de que dentro de los supuestos previstos en el mismo están comprendidos los llamados deterioros jurídicos, entre otras razones porque los reglamentos sub-

(37) ROCA SASTRE, ob. cit., IV-2.º, págs. 949-951.

ordinados a la Ley, para la ejecución de la cual se dicten, no pueden alterar, sino a lo sumo aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la Ley dispone (38).

Distinto es el parecer de MORENO QUESADA; en su opinión, cuando el legislador español redactó el artículo 117 de la Ley Hipotecaria no pensaba sino en la hipoteca sobre finca material, y por ello el mencionado precepto habrá de aplicarse a los inmuebles que constituyan la base física de la hipoteca, bien porque sobre ellos se haya constituido, bien porque sean el soporte de los derechos reales hipotecados; cuando se trate directamente de un deterioro del derecho hipotecado que no tenga carácter material, procede aplicar, a su entender, la misma solución del artículo 117 (*similia, similibus*), lo que no quiere decir que se aplique éste debiendo forzar su sentido. En resumen: considera que el artículo 117 alberga en su supuesto de hecho únicamente deterioros materiales de la finca hipotecada; no obstante, cuando se trate de un derecho hipotecado, y con independencia de la repercusión en el mismo del deterioro de la cosa que es su soporte, cabrá el ejercicio de una acción similar a la de devastación allí regulada, que cubra los daños que puedan ser equivalentes a los de deterioro material de la cosa hipotecada (39).

Entre nosotros, la única referencia al punto de consideración la encontramos en SANOJO, para quien la aplicación de la disposición que se estudia requiere varias condiciones, y una de ellas, precisamente, es la de que la hipoteca se haya hecho insuficiente por perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados y que «uno u otro haya sido material» (40).

¿Cuál es nuestra opinión? Creemos que, no obstante los términos en que está redactado el artículo 1894 del Código civil, no cabe entender el mismo en el sentido exclusivo de que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido tan sólo por el perecimiento o deterioro material de la cosa hipotecada.

En efecto, si se admite que la insuficiencia de la garantía puede tener lugar tanto por deterioros materiales como por deterioros jurídicos del bien gravado, tanto por hechos físicos como por actos jurídicos, tal cual la doctrina parece admitir en general, ¿qué justificación tiene excluir la aplicación del precepto cuando tenga lugar la segunda de dichas hipótesis? Absolutamente ninguna.

(38) DORAL: *La fase de seguridad en la hipoteca*. Pamplona, 1966, páginas 294-304.

(39) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 552-554.

(40) SANOJO, ob. cit., IV, pág. 339.

Algún autor pretende que en el caso de deterioro jurídico el acreedor no queda sin protección, pues siempre le será posible acudir al remedio del artículo 1215 cuando se haya verificado la disminución de las garantías otorgadas. No es esto de lo que se trata, pues ya sabemos el alcance general que tiene este último precepto; el problema no es el **de la protección del acreedor garantizado**, que siempre se obtiene por una u otra vía, sino el del ámbito de aplicación o alcance del artículo 1894, que es, como con detenimiento se ha expuesto, un precepto **especial circunscrito** exclusivamente a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria.

Ahora bien: ya hemos señalado que la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215 radica en que, contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya ocasionado), produce distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca, y, en consecuencia, ¿tendría sentido recurrir al artículo 1215 cuando la insuficiencia de la hipoteca se haya producido por el mero deterioro jurídico del bien hipotecado? Pensamos que no, pues una cosa es sostener que el artículo 1215 debe aplicarse cuando no obstante la naturaleza hipotecaria de la garantía su disminución haya tenido lugar sin deterioro de la cosa (afirmación que es correcta), y otra muy diferente, para lo que no hay apoyo suficiente, defender que el artículo 1894, circunscrito a la disminución de la garantía hipotecaria, está, además, restringido a los simples casos de deterioro material. La inconsistencia de esta última posición se revela, por otra parte, si se considera que ordinariamente un hecho material lesivo suele revestir mayor gravedad y ser de consecuencias más irreversibles que un acto jurídico de la misma índole, y, sin embargo, de acuerdo al criterio que rechazamos, gozaría de un tratamiento más favorable en cuanto su autor podría evitar la realización del crédito mediante la concesión de una nueva garantía, cosa que no sería posible en el caso de deterioro no material.

Ni siquiera hace falta en apoyo de la tesis amplia que sostenemos recurrir a la ayuda de la analogía tal como pretende RUBINO. Semejante ayuda habría sido necesaria si el precepto en cuestión hablase de perecimiento o deterioro material, pero obsérvese que el mismo se limita a señalar la destrucción o el menoscabo del bien hipotecado sin añadirle ningún calificativo, por lo que en cuanto no hay nada que abone o exija una interpretación restrictiva, antes bien la esencia y finalidad de la norma imponen el sentido amplio comprensivo de ambos tipos de situaciones, y en cuanto no deben hacerse distinciones donde la Ley no ha

distinguido, debe concluirse que están previstos, contemplados y sujetos a un mismo y único tratamiento jurídico tanto el deterioro material como el deterioro jurídico de los bienes hipotecariamente afectados. No se precisa, pues, del instrumento analógico en razón de que el artículo 1894 del Código civil no ha dejado fuera de su supuesto de hecho los casos en que la garantía se pierde o disminuye no obstante la conservación de la integridad material de la cosa gravada.

Tampoco el ejemplo que brinda PINO procura mayor apoyo al criterio a que nos acogemos; según él, no puede negarse a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico, y, en este caso, el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la separación de la cosa accesorio, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria (41). Sin duda que la separación de una pertenencia de la cosa principal es algo más que un simple hecho físico; produce consecuencias jurídicas y es, por tanto, un acto jurídico. Pero si ello es cierto, no se alcanza a ver cómo la separación de la pertenencia provoca el deterioro jurídico del conjunto hipotecado, ya que a tenor del párrafo tercero del artículo 818 del Código civil italiano «la cesación de la calidad de pertenencia no es oponible a los terceros que hayan adquirido anteriormente derechos sobre la cosa principal», y no hay duda de que el acreedor hipotecario se encuentra entre estos terceros.

En fin: debe desecharse también la aseveración de MORENO QUE-SADA de que los autores que incluyen el deterioro jurídico se ven forzados a tal admisión porque, al sostener la incompatibilidad entre los artículos 2743 y 1186 del Código italiano (arts. 1894 y 1215 del C. c. venezolano), las disminuciones acaecidas por hecho jurídico quedarían

(41) PINO, loc. cit., pág. 95. Roca Sastre, al ocuparse en particular de la actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado (deterioro jurídico), menciona los siguientes actos: «permitir o tolerar, sin reacción correctora del hipotecante; que el propietario del predio vecino o contiguo al hipotecado no respete las servidumbres activas al servicio o en favor del inmueble gravado, edifique sin guardar, por ejemplo, las distancias procedentes en la edificación, o cuando tales servidumbres sean, por ejemplo, de *non aedificandi* o *altius non tollendi*, así como en los casos en que se dejan perder por prescripción extintiva tales servidumbres, o de otro tipo, y desde luego también el dejar perder por inacción un derecho de paso o de buscar aguas para destino a la finca hipotecada, o de tolerar que se abuse de paredes medianeras por parte del otro partícipe en ellas, o que en el predio colindante se realicen actos nocivos que puedan llegar a destruir o deteriorar la pared privativa propia, dejar prescribir caminos útiles para la explotación más cómoda de la finca hipotecada, o dejar perder otras ventajas de análogo o diferente tipo» (ob. cit., IV-2.º, pág. 951).

al margen de toda regulación en cuanto no se consideran comprendidas por el precepto que contempla la disminución de la garantía hipotecada (42). Entre los artículos 1215 y 1894 no existe incompatibilidad, sino tan sólo distintas esferas de actuación o aplicación dado el carácter general y especial, respectivamente, de uno y otro; el hecho de que el segundo se refiera específicamente a la disminución de la garantía hipotecaria no significa de manera necesaria que deba aplicarse a todo supuesto en que se produzca tal acontecer ni, *a contrario sensu*, que quede excluido del ámbito del primero cualquier acontecimiento de dicha naturaleza. El artículo 1215 se ocupa de la disminución de las garantías en general y el 1894 sustrae de este campo genérico el más reducido de la disminución de la garantía hipotecaria, pero sólo en el caso de que se den precisas y determinadas circunstancias, y, entre ellas, que la disminución se haya ocasionado por el deterioro de la cosa sometida a hipoteca.

En consecuencia, no es que el artículo 1215 sea inaplicable de manera absoluta en el caso de disminución de la garantía hipotecaria, sino que el mismo normalmente no se aplica a este tipo de evento en cuanto se den en el mismo los presupuestos exigidos por el artículo 1894; mas cuando, aun tratándose de un genuino supuesto de empeoramiento de la seguridad hipotecaria, no quepa aplicar este último artículo por no darse las condiciones de actuación del mismo, sin ninguna duda que siempre quedará abierto el camino general del artículo 1215. Por tanto, aun en el caso de que la interpretación se inclinase a considerar que en el supuesto de disminución de la garantía hipotecaria no debe tomarse en cuenta más que el deterioro material de la cosa hipotecada, ello no significaría, contra lo que pretende MORENO QUESADA, que quedarían fuera de toda previsión legal los deterioros provocados por hechos jurídicos, pues a los mismos cabría extender la disposición del artículo 1215 en razón de que entre este precepto y el artículo 1894 no hay ninguna esencial incompatibilidad ni repulsa intrínseca, sino una simple delimitación de campos de actuación: general el del uno, específico el del otro; y es evidente que cuando un determinado caso no puede caer bajo los dictados de la norma especial por carecer de algunos de los requisitos que conforman la especialidad queda sujeto a la prescripción normal de la regla general.

No es, pues, que en el supuesto de hecho del artículo 1894 deba considerarse incluido el deterioro jurídico de la cosa hipotecada porque de no ser así esta hipótesis quedaría desasistida de tuición jurídica, camino indirecto este que no puede servir para descubrir la naturaleza

(42) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 555-556.

y alcance de una norma, sino que semejante especie de deterioro queda comprendida en la norma porque la misma no la excluye, ni siquiera por el mecanismo reflejo de mencionar tan sólo el deterioro de signo contrario, y porque una adecuada interpretación racional y finalista de aquélla debe conducir de manera necesaria a la inclusión de ambas clases de deterioro dentro del supuesto de hecho del referido artículo 1894.

B.—Forma de uso de la cosa

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere el perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados, términos que deben entenderse de la manera amplia que se acaba de exponer; ahora bien, ¿será indiferente al respecto que el deterioro se haya ocasionado por el uso normal o regular de la cosa, o hará falta, por el contrario, que el menoscabo derive de la utilización anormal que a la misma dispense su propietario? La doctrina tradicional se suele inclinar hacia la tesis de la necesidad del uso anormal en base a considerar que la existencia de la garantía no priva al propietario del derecho de usar y gozar (y disponer) del bien que constituye su objeto (43), y, en consecuencia, la posible insuficiencia de la garantía que por la realización de tales actos puede sobrevenir es algo que pudieron y debieron prever las partes contratantes.

Para BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, la insuficiencia de la garantía debe ser el resultado de acontecimientos que no entraron en las previsiones de las partes y, en consecuencia, el acreedor no tiene derecho a invocar el artículo 2131 (del Código francés) cuando el deudor realice los actos regulares de disfrute: él debió tener en cuenta estas eventualidades en la apreciación del valor de la garantía ofrecida (44). Según PLANIOL y RIPERT, la insuficiencia de la garantía ha de ser el resultado de sucesos fortuitos que no tenían que prever las partes: el artículo 2131 supone que las pérdidas o deterioros materiales tienen carácter irregular y afectan de modo imprevisto la garantía del acreedor: por consiguiente, éste no tendría derecho a reclamar si el propietario del inmueble sólo hubiese hecho uso del derecho de administración y de disfrute que se le concede a pesar de la hipoteca, por ejemplo si hubiese vendido y permitido la extracción de una corta de leña sin anticiparse a la época normal de hacerlo (45). En el sentir de RIPERT

(43) MAIORCA: *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*. Milán, 1938, pág. 143.

(44) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, págs. 491-492.

(45) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

y BOULANGER, el texto del artículo 2131 supone que las degradaciones tuvieron un carácter irregular y representan una amenaza imprevista para la seguridad del acreedor; en consecuencia, éste no tendrá derecho a quejarse ni a exigir un suplemento de hipoteca, ni a pedir un reembolso antes del plazo, si el propietario del inmueble no hubiese hecho más que usar del derecho de administración y de goce que le queda, pese a la existencia de la hipoteca (46). LOMONACO opinaba que la disposición del artículo 1890 (hoy 2743) del Código de 1865 no encontraba aplicación en el caso de que el deterioro del inmueble sea consecuencia de actos de goce, ejecutados por el propietario regularmente, de acuerdo a la naturaleza especial del inmueble sometido a hipoteca; por ejemplo, si el deudor procede a la tala del bosque de acuerdo a la rotación anual del mismo o a la práctica de los propietarios, sería extraño que el acreedor hipotecario pudiera demandar un suplemento de hipoteca o, en su defecto, el pago del crédito (47). Considera ANDRIOLI que el artículo 2743 se aplica cuando el deudor usa en forma anormal la cosa, o bien moviliza cosas devenidas inmuebles por destinación antes de la constitución de la garantía, o bien cuando hechos físicos o sociales dañan la entidad material de la cosa: ni el artículo 1186 ni el artículo 2743 encuentran aplicación cuando el uso de la cosa gravada por parte del deudor es normal, porque la garantía no le sustrae la facultad de gozar de la cosa hipotecada (48); y así podríamos continuar acumulando citas en el mismo sentido.

¿Son correctas semejantes apreciaciones? Sin duda que la constitución de la garantía hipotecaria no arrebata al propietario las facultades de usar, administrar y disfrutar que sobre la cosa le corresponden, y exacta es también la aserción que el uso normal de un derecho no debe acarrear consecuencias patrimoniales adversas (*qui iure suo utitur neminem laedit*), cuales son las que contempla el artículo 1894 del Código civil; pero tales afirmaciones, siendo ciertas en línea de principio, no son, en cambio, aplicables o utilizables en la hipótesis en consideración.

Como se ha señalado repetidas veces, la *ratio* del precepto es la protección del acreedor contra la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria; el mismo responde a un claro propósito de *favor creditoris*. Por tanto, excluir las consecuencias por él establecidas en el

(46) RIPERT y BOULANGER, ob. cit., VII, pág. 317.

(47) LOMONACO: *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII. Nápoles, 1995, pág. 296.

(48) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 48.

caso de que el perecimiento o deterioro de la cosa gravada se haya producido durante el uso normal o regular de la misma supondría la inversión de los términos e ideas que están en la base de la norma, ya que la tutela del acreedor no estaría contemplada en forma directa, cual es lo exacto, sino tan sólo de manera refleja: en aquellos casos en que el deudor haya usado anormalmente de la cosa hipotecada. Con lo que, bajo este aspecto, la protección del acreedor sería una simple consecuencia de la sanción impuesta al deudor, siendo el castigo de éste el fin que presidiría el precepto.

En el fondo, la posición expuesta no es otra cosa que la natural conclusión a que conduce el criterio tradicional de que el artículo 1894 sólo se aplica cuando la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido sin la culpa del deudor, por un acontecimiento fortuito, ya que difícilmente cabría catalogar como hecho fortuito la utilización normal del bien hipotecado por parte del deudor; se explica así que la doctrina francesa se incline en bloque a excluir la aplicación del precepto en los casos de daños producidos por el uso normal.

Sin embargo, con tal planteamiento tiene lugar una defectuosa formulación de la situación prevista por la norma en estudio. Como se ha advertido, el artículo 1894 plantea tan sólo el supuesto de que el acreedor haya experimentado la disminución de la garantía hipotecaria por virtud del deterioro sufrido por la cosa gravada, sin importarle que el hecho causante del mismo sea culposo o fortuito; pues bien, siendo esto así, se comprende que es del todo indiferente que el menoscabo del bien sea consecuencia del uso normal o anormal que del mismo haga su propietario; lo único que se debe tomar en consideración es el hecho objetivo de que la cosa gravada ha perecido o se ha deteriorado, sin importar ni incidir en forma alguna la circunstancia de que el deudor se haya extralimitado o no en la utilización y disfrute de aquélla. Lo que sucede es que los autores ponen mal sus ejemplos, pues es evidente que si el dueño de un bosque procede a la tala regular y ordinaria podrá alegarse que tal hecho ocasiona una disminución de valor del bien hipotecado, lo que, a los efectos que se consideran, es por completo intrascendente, pero en forma alguna cabrá afirmar que la tala ha originado el deterioro del mismo.

RUBINO, aunque no participa de la tesis gala de que el dispositivo legal en estudio sólo opera cuando la disminución de la garantía no es imputable al deudor, considera, sin embargo, que, en todo caso, sea el hecho fortuito o culposo, debe ser anormal y originalmente imprevisible, por lo que resultan excluidos, por ejemplo, el deterioro derivado del

simple uso normal, del que el propietario conserva el derecho, la extinción del usufructo por causa preconstituida, etc. (49).

No podemos estar de acuerdo con tales afirmaciones, porque mediante las mismas, sin percatarse, RUBINO se adhiere al criterio francés, que aparentemente rechaza al reconocer que en el marco del artículo 2743 del Código civil italiano (1894 del venezolano) juega tanto el hecho imputable como el no imputable. En efecto, estima que el hecho debe ser anormal y originalmente imprevisible, con lo que de manera indirecta admite que la disminución de la garantía se debe haber producido por un acontecimiento fortuito.

A nuestro modo de ver las cosas, el artículo 1894 toma en cuenta tan sólo la circunstancia de que el bien objeto de la garantía ha sufrido un deterioro, y producido tal acontecer entra a operar con indiferencia del carácter previsible o imprevisible del mismo, al igual que tampoco toma en cuenta que el hecho causante sea culposo o fortuito. Sin duda que el acreedor hipotecario conoce y acepta que el dueño del bien gravado va a continuar usando y disfrutando del mismo, pues tal es su derecho, pero ello no significa que tenga que pasar por el eventual deterioro que el aludido uso y disfrute pueda ocasionar al bien. Y en esto no hay un contrasentido ni una paradoja por la sencilla razón de que si el uso que se realiza es el normal, lo ordinario será que la cosa no experimente daño; pero si, no obstante el uso regular, sobreviene el deterioro, el mecanismo del artículo 1894 entrará a operar. Porque obsérvese que una cosa es afirmar que el uso normal por parte del deudor constituye un evento fortuito, lo que sin duda no es exacto, y otra muy diferente considerar que el posible (aunque no probable) menoscabo del bien por semejante uso es algo que pudo y debió preverse, y ello para el caso de seguirse el criterio francés de que la disminución debe haber sobrevenido por caso fortuito, y no en la construcción de RUBINO, para quien es indiferente, como en realidad lo es, que el debilitamiento de las garantías se haya producido por un acontecer fortuito o no.

Los autores franceses, dentro de su particular concepción del problema de restringir el precepto a las disminuciones fortuitas, incurren en un error de perspectiva o enfoque al contemplar el uso regular de la cosa gravada, que les lleva incluso a caer en contrasentido con su propia posición de principio. En efecto, el uso normal del bien sin duda que no constituye algo imprevisible, pero el deterioro del mismo a causa de un uso de tal especie sí reviste características de evento fortuito, y, por tanto, si fuesen lógicos y consecuentes con sus ideas matrices de-

(49) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., págs. 362-363.

berían concluir que en esta última hipótesis sí debe aplicarse la norma en estudio: el uso normal no es un hecho fortuito, pero el deterioro derivado del mismo sí que lo es, y es a éste y no a aquél al que hay que atender a la hora de considerar si se ha conformado o no el supuesto de hecho del artículo 1894. Si, no obstante el uso normal por parte del deudor, se ha originado el deterioro de la cosa, esta situación era imprevisible y no cabe atribuirle a la culpa o falta de él, por lo que, en definitiva, el precepto debe operar incluso desde el ámbito restringido que al mismo asigna la doctrina gala.

La constitución de la garantía hipotecaria no priva al propietario de la cosa del derecho de usarla; supuesto esto, que es indubitante, es indiferente desde el ángulo de los intereses del acreedor que aquél se sirva del bien de una manera normal, o en forma anormal siempre y cuando no lo menoscabe; mas si sobreviene el deterioro, también ahora es indiferente el hecho de que la utilización haya sido de uno u otro tipo; lo único que se va a tomar en consideración es la circunstancia cumplida y ostensible de que la cosa se ha deteriorado. Lo contrario, como antes señalábamos, implicaría basar el dispositivo de protección que se considera no tanto en el perjuicio que experimenta el acreedor como en la conducta irregular y aun culposa del deudor, cosa que, en nuestra opinión, cambia por completo la función y finalidad de la figura, con el agravante, además, de que de ser rigurosamente lógica (en la construcción francesa) ni siquiera en esta última hipótesis debería poder recurrirse al precepto, porque si el deterioro se produjo por un uso anormal no cabe reconducirlo al campo de los acontecimientos fortuitos.

En definitiva, creemos, de acuerdo con PINO, que la disposición del artículo 1894 del Código civil se refiere al hecho objetivo de que se haya producido el perecimiento o deterioro de la cosa objeto de la garantía (tan es así, que se aplica incluso al caso fortuito), y, en consecuencia, la misma será aplicable aunque el deterioro haya acaecido por el uso normal del bien (50). Porque cuando se dice que el hecho causante del deterioro debió ser imprevisible para el momento de la constitución de la garantía no se está hablando con propiedad, ya que lo que debe revestir tal carácter de imprevisibilidad no es el hecho en sí, sino el deterioro derivado del mismo; el uso normal del bien hipotecado desde luego que no constituye algo imprevisible, pero si a causa del mismo se ocasiona deterioro al bien, sí estaremos ante una situación que normalmente habrá escapado a las previsiones de las partes. «Aquel que estipula una hipoteca sobre un monte, sobre una mina, sobre una

(50) PINO, loc. cit., pág. 95.

cantera—escribía LAURENT—, sabe que el valor de la cosa será disminuido por la explotación que el deudor tiene derecho a hacer de ella; le toca, pues, estipular en consecuencia. Ni siquiera puede decirse que éstos sean deterioros; el deudor no deteriora un bien por los actos de goce que tiene derecho de ejecutar» (51).

Rectamente entendidas estas palabras, son exactas; el uso regular de un bien no puede considerarse como deterioro del mismo en el campo hipotecario donde nos movemos; pero si, de todas maneras, sobreviene su menoscabo, la circunstancia de que se haya estado disfrutando en forma regular no supone un obstáculo para la aplicación del artículo 1894, porque ha quedado conformado el supuesto de hecho del mismo: la destrucción o el daño de la cosa hipotecada.

C.—Disminución de valor del bien

Hace falta, pues, el deterioro del bien, con indiferencia del carácter material o simplemente jurídico de aquél y con indiferencia, asimismo, de la manera como el deudor haya venido ejercitando los derechos que conserva sobre la cosa gravada. Mas, ¿tendrá lugar el juego del mecanismo protector que se estudia en el caso de que, aun sin haberse producido el deterioro del bien, ocurra su disminución de valor o depreciación?

«Si los inmuebles, conservando su integridad, han disminuido de valor, aunque sea por accidente—señalaba LAURENT—, el acreedor queda sin derecho. Las revoluciones, las crisis industriales, las guerras, disminuyen el valor de la propiedad inmobiliaria; algunas veces los trabajos públicos, unas vías de comunicación que aumentan la propiedad y riqueza de una parte del país, tienen una influencia enteramente contraria sobre otra parte, dejando desiertos caminos que antes eran muy transitados. Estos accidentes se podrían comparar a una pérdida parcial. ¿Por qué el legislador no los tiene en cuenta? Porque la mengua del valor no es puramente accidental, como el deterioro; esto no podría preverse, mientras que el acreedor sabe que si ordinariamente aumentan los inmuebles de valor pueden sobrevenir causas que lo disminuyan, aun cuando sea provisionalmente. A él toca calcular y estipular una garantía hipotecaria que permanezca suficiente aunque sobrevenga una mengua en el valor de los bienes. Si no lo hace, él tiene la culpa, y sería contrario al Derecho y a la equidad hacer responsable al deudor de un hecho que debe ser imputado a la imprevisión del acreedor» (52).

(51) LAURENT: *Principios de Derecho civil*, XXX. La Habana, 1920, páginas 509-510.

(52) *Ibíd.*, XXX, págs. 507-508.

La idea ya la había expresado antes DURANTON al señalar que cuando la disminución de la garantía derivase sólo de una simple disminución del valor del bien, sin deterioro, el acreedor no puede solicitar el pago o el suplemento de hipoteca. El artículo 2131 habla de pérdida o deterioro de los inmuebles hipotecados y no de su simple disminución de valor. En vano el acreedor alegará que la disminución notable de valor del inmueble es en relación a su garantía lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que, hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato está plenamente en vigor (53).

Pues bien: estos mismos conceptos se han venido repitiendo, casi sin excepción, hasta nuestros días. Los autores modernos continúan hablando de que es necesario que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico, y no bastará con una disminución del valor por causas de carácter general (PLANIOL y RIPERT) (54); de que el artículo 2131 (del Código francés) es inaplicable cuando los inmuebles han sufrido una depreciación o disminución de valor, debido a causas externas, a una crisis económica o a circunstancias locales que han hecho descender el precio de la propiedad (RIPERT y BOULANGER) (55); de que las fluctuaciones de valor del bien hipotecado no pueden ser asimiladas a una pérdida: el artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga no constituye la aplicación de un principio de Derecho común y es de interpretación restrictiva (DE PAGE) (56); de que en lugar de la distinción entre hechos materiales y hechos jurídicos es preciso tener presente la distinción entre depreciación y deterioro, ya que el artículo 2743 (del Código italiano) se aplica tan sólo en este último caso, esto es, cuando la disminución de la garantía provenga del deterioro de la cosa sometida a prenda o a hipoteca (PINO) (57); de que el artículo 2743 no se aplica si la cosa disminuye de valor, permaneciendo, no obstante, íntegra en su consistencia material, porque normalmente el acreedor, al

(53) DURANTON: *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, X. Nápoles, 1845, pág. 362.

(54) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411.

(55) RIPERT y BOULANGER, ob. cit., VII, pág. 317.

(56) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, pág. 540.

(57) PINO, loc. cit., pág. 96. Según los hermanos MAZEAUD, el artículo 2131 del *Code Napoléon* no se refiere sino a las pérdidas de valor provenientes de depreciaciones materiales; una fluctuación del valor del inmueble, debida a circunstancias económicas, no justificaría la aplicación del mencionado artículo 2131; en efecto, le pertenece al acreedor obtener, con motivo de la constitución, una garantía que le afiance un margen de seguridad (MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, III-1.º Buenos Aires, 1962, páginas 354-355).

obtener la garantía, hace sus cálculos sobre la integridad de la cosa y no sobre la estabilidad del valor de la misma, estabilidad que no existe (RUBINO) (58); de que las causas de disminución de la garantía deben incidir directa y específicamente sobre el bien hipotecado, resultando excluidas aquellas que lo afectan como mero reflejo económico, aunque no tengan alcance general (RUBINO) (59); de que de los hechos naturales hay que excluir la depreciación debida a los eventos de la economía nacional o mundial, a los que nadie puede sustraerse: el Código habla de perecimiento o deterioro y no también de depreciación, porque ésta es previsible, ya que se sabe que el valor de los fondos puede aumentar o disminuir conforme a las circunstancias, y que el que quiera precaverse puede exigir desde el principio una hipoteca de mayor margen (MARIANI) (60), etc.

Frente a este auténtico clamor, un solo parecer en contra: el de GUILLOUARD. Según este clásico autor francés, no es admisible el criterio general de que cuando el artículo 2131 (del Código francés) habla de que los inmuebles hipotecados hubiesen perecido, experimentando degradaciones, tales expresiones sólo se refieren al daño material, y no pueden extenderse al caso de depreciación. Piensa él que si el artículo 2131 constituyera un texto de excepción, si crease una decadencia contraria a los principios generales del Derecho, sería cierto que no podría extenderse a una hipótesis que no había previsto; pero no es tal el carácter de este texto, sino que el mismo no es más que una aplicación del principio de la condición resolutoria, recogida en el artículo 1184, que domina toda la materia de los contratos tanto unilaterales como sinalagmáticos. La razón del préstamo hecho por el acreedor no está solamente en el compromiso personal del deudor de restituir la suma prestada, sino también en la afectación hipotecaria que éste ha estipulado, y, en consecuencia, si la prenda pierde una porción notable de su valor, puede pedirse la resolución con indiferencia de que la causa de la pérdida sea un deterioro o una depreciación del inmueble. En su sentir, la exclusión de esta última hipótesis, que de hecho será muy excepcional, del artículo 2131 responde a una razón práctica, pues la indicación de la misma en la Ley habría contribuido a multiplicar los procesos, debido a que los acreedores constantemente alegarían problemáticas depreciaciones; mas, aunque no exista un texto especial, el artículo 1184 será suficiente para permitir al acreedor demandar la reso-

(58) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale*, ob. cit., pág. 22

(59) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare*, ob. cit., pág. 362

(60) MARIANI: *Della ipoteca immobiliare*. Milán, 1958, págs. 339.

lución una vez que en forma cierta se haya depreciado el inmueble hipotecado (61).

Es patente la falta de fuerza de tales aseveraciones. El artículo 1184 del Código civil francés (como el art. 1167 del C. c. venezolano) recoge la llamada «condición resolutoria tácita», que faculta para pedir la resolución de los contratos bilaterales cuando una de las partes incumple voluntariamente la obligación a su cargo, caso de que no se prefiera exigir el cumplimiento de la misma. Ahora bien: considerar que la norma que establece la decadencia del término cuando se disminuyan las garantías hipotecarias no es más que una aplicación concreta del principio de la condición resolutoria, constituye de manera evidente algo inadmisibles, en primer lugar porque aquí no hay falta de cumplimiento de una obligación (a no ser que se entienda que el deudor soporta la obligación de mantener el valor de la cosa gravada, lo que es absurdo); en segundo término porque al acreedor no se le da, ni podría dársele, opción alguna en orden a la resolución y al cumplimiento, y, finalmente, porque, en todo caso, el hecho que desencadena la aplicación del precepto carece de la nota de voluntariedad que juega siempre en el ámbito de la condición resolutoria tácita. Por otra parte, si las afirmaciones de GUILLOUARD fuesen exactas no se comprende cuál sería la razón de la existencia del artículo 2131, pues de la misma forma que cabe prescindir de él en el caso de disminución de valor de la cosa hipotecada, sería posible su marginación en el supuesto de deterioro de la misma, ya que uno y otro estarían comprendidos en la previsión general del artículo 1184 del Código civil francés o sus equivalentes en los demás Códigos latinos. En fin: incluso prescindiendo (cosa que no es posible) de las observaciones apuntadas, la tesis del citado autor francés debería rechazarse por una serie de razones colaterales: la ausencia de bilateralidad en el supuesto en estudio; la improcedencia de encuadrar la constitución de la garantía hipotecaria entre las circunstancias motivadoras de la obligación garantizada, ya que de la misma manera que el nacimiento de la obligación se ha podido hacer depender de la constitución de la hipoteca, cabe también que ésta no haya tenido nada que ver en la aparición de aquélla (62); la circunstancia patente de que

(61) GUILLOUARD: *Traité des privilèges et hypothèques*, III. París, 1899, páginas 495-496.

(62) BARBERO (*Sistema del Derecho privado*, III. Buenos Aires, 1967, página 189) cree que en la aplicación del artículo 1894 (2743 del Código italiano) habrá que distinguir por lo menos el caso de que la obligación haya nacido con la garantía, lo cual hace presumir que sin ésta el acreedor no habría consentido en la constitución de la relación—caso, a la verdad, el más frecuente—del caso en que la garantía se la dé posteriormente, sin prórroga o dilación hecha con miras a ella: en este caso, le parece,

si el artículo 2131 supone la aplicación de algún principio general de Derecho, tal será el recogido en el artículo 1188 (1215 del Código venezolano) antes que el sancionado por el artículo 1184 (1167 del Código venezolano); la consideración de que en el llamado principio de la condición resolutoria se da por supuesto la inexistencia o el vencimiento del término, mientras que en el caso contemplado el elemento plazo debe estar presente en forma inexcusable, ya que uno de los efectos principales de la norma es precisamente su decadencia o caducidad, etc.

El hecho de que la tesis de GUILLOUARD sea errada no excluye, en cambio, que algunos de los argumentos esgrimidos por este autor produzcan la impresión de ser enteramente justificables y ajustados a la finalidad de la garantía hipotecaria y al fundamento de la norma que se está estudiando. Tal sucede con su alegato de que cuando la cosa gravada pierde una parte notable de su valor debe ser, en principio, indiferente que tal pérdida provenga del deterioro material o de la depreciación de aquélla.

Parece, en efecto, que orientado el artículo 1894 del Código civil (o sus correspondientes de los demás Códigos) a proteger al acreedor hipotecario contra la disminución de la garantía a su favor existente, semejante protección debería contemplar y abarcar indistintamente tanto la disminución sobrevenida por menoscabo de la cosa como la acaecida por la caída en el valor en cambio de la misma, porque, sin duda alguna, desde el punto de vista económico la situación del acreedor es la misma en ambos casos.

Se habrá observado que buena parte de los autores mencionados excluyen la aplicación del precepto en el caso de simple depreciación del inmueble por circunstancia de la economía nacional o internacional, en razón de estimar que las mismas son previsibles, ya que el acreedor debe saber en el momento de la constitución de la garantía que el valor de los bienes sufre fluctuaciones, y, en consecuencia, puede remediar el riesgo que para su derecho entraña una eventual disminución de valor de la cosa hipotecada mediante el establecimiento de una garantía holgada, capaz de absorber y neutralizar tal tipo de evento.

no hay razón para que el débito llegue a vencimiento antes de tiempo, por la disminución de la garantía que no ha presidido ni determinado su origen. La verdad es, empero, que de la *ratio* y de los términos en que está redactado el precepto no cabe derivar semejante distinción ni excluir la aplicación del mismo en aquellos casos en que la constitución de la garantía hipotecaria tenga lugar con posterioridad al nacimiento de la obligación y no haya influido en lo que respecta al momento de cumplimiento de ella.

Posiblemente es cierto que los acontecimientos que provocan los cambios de valor de los inmuebles se pueden prever, que las partes deben saber que la cotización de éstos puede aumentar o disminuir, pero, de todas maneras, en cuanto no existan datos concretos y precisos la pretendida previsibilidad de los aludidos acontecimientos no se halla muy lejos de la también posible previsibilidad de los deterioros materiales. Si en el momento de la constitución de la garantía se sabía que el bien gravado iba a experimentar pérdida de valor, es obvio que nada podrá reclamar el acreedor cuando tal ocurra, pues él ha aceptado y asumido el riesgo, pero ¿podrá sostenerse lo mismo cuando se desconocía dicha eventualidad, en base a considerar que el acreedor debe tener siempre en mente que el objeto de la garantía está sujeto a vaivenes de tipo económico? En caso de contestación afirmativa no se ve cuál puede ser la razón del diferente trato que se otorga al supuesto del deterioro del bien, pues es obvio que también el acreedor puede prever que la disminución de la garantía se producirá en este caso; por ello tiene plena razón RUBINO cuando, al señalar que las causas que afectan a la cosa gravada como mero reflejo económico generalmente se excluyen porque no pueden considerarse imprevisibles en el momento de la constitución de la garantía, hace notar que «no parece que sobre el plano de la imprevisibilidad pueda notarse una apreciable diferencia con las causas materiales» (63).

La exclusión de la depreciación del supuesto de hecho del artículo 1894 tampoco puede basarse en la circunstancia de que el mismo habla tan sólo de perecimiento o deterioro y para nada menciona la disminución de valor del bien, pues en cuanto esta última hipótesis puede encuadrar sin obstáculo dentro de la *ratio* de la norma no habría mayor inconveniente para el juego de la analogía.

Habrà que indagar, pues, por caminos distintos a los tradicionales el porqué de la no operancia de la sobrevenida disminución de valor en el ámbito de aplicación del precepto en consideración.

La hipoteca es, sin duda, un derecho de vinculación y realización de valor, un derecho al valor en cambio del bien a ella sometido, pero en cuanto derecho real su objeto no viene dado por tal valor, sino por el bien mismo. El artículo 1894 del Códigd civil contempla el supuesto de disminución de la garantía hipotecaria, pero a través del único camino que jurídicamente puede tener relevancia: el deterioro de la cosa gravada; el aumento o la disminución de valor de la misma es algo que tendrá extraordinaria importancia desde el ángulo de la suficiencia o afectividad de la garantía, mas dejará incólume su estructura en

(63) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare* ., ob. cit., pág. 362, n. 61.

cuanto la misma, como derecho real, no ha sufrido alteración de ninguna clase. En consecuencia, si el derecho real de hipoteca no se ve afectado en nada por el hecho de que la cosa que constituye su objeto sufra depreciación, se explica que el artículo 1894 resulte inaplicable en esta hipótesis, pues desde el estricto ángulo jurídico no se ha producido mutación alguna en el estado general de la situación, y que en el fondo hasta sea improcedente hablar de auténtica disminución de la garantía, ya que ésta, estructuralmente, no ha experimentado cambio: se trata tan sólo de causas externas que desde el punto de vista económico puedan afectar al acreedor, pero que no implican alteración en forma alguna de su condición jurídica. En vano el acreedor alegará, advertía DURANTON, que la disminución notable de valor del inmueble es, en relación a su garantía, lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que, hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato es plenamente ejecutable (64). Este es el camino que conduce a la explicación adecuada de la exclusión de la esfera del mecanismo estudiado del supuesto de depreciación del bien hipotecado.

En esta misma dirección, RUBINO ha señalado con justeza que se debe considerar que el acreedor hipotecario tiene derecho a la conservación no del valor en sí y por sí, sino sólo del originario estado (material o jurídico) del bien, ya que éste es el que constituye objeto de la hipoteca y no su valor: de esta manera viene dada prevalencia a la estructura de derecho real, acordando protección sólo contra aquellas disminuciones de valor que deriven de una alteración de la consistencia del bien; aunque también en este caso la función de derecho al valor que deriven de una alteración de la consistencia del bien; aunque también en este caso la función de derecho al valor y la de garantía no quedan completamente sin relieve, en cuanto sólo se concede protección contra aquellas modificaciones del bien que disminuyan su valor hasta hacerlo insuficiente para la satisfacción del crédito (65).

D.—*Sujetos afectados por el perecimiento o deterioro*

De acuerdo a los términos en que está redactado el artículo 1894 del Código civil, «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, *el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca...*». El precepto no presenta obstáculos en su aplicación cuando el que sea

(64) DURANTON, ob. cit., X, pág. 362.

(65) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362, n. 61.

deudor en la relación obligatoria garantida sea al mismo tiempo hipotecante, ya que será a él a quien corresponderá aportar la garantía complementaria; mas la interrogante se plantea en el caso de que la hipoteca se haya constituido sobre bienes de un tercero: sobrevenida la destrucción o la degradación de la cosa hipotecada, ¿corresponderá al hipotecante no deudor proporcionar el suplemento de hipoteca respectivo?

Entre los autores italianos, que son los únicos que se han ocupado del punto, ha dominado la opinión de que en cuanto el tercer dador tan sólo está sujeto a prestar la garantía, no estará obligado a suplemento alguno cuando la cosa perezca o se deteriore (66), aunque tampoco han faltado autorizadas voces en defensa de la tesis contraria. En esta última dirección, GORLA afirmaba que tratándose de deterioro tendrá el acreedor contra el tercer dador los dos poderes que contenía el artículo 1980 (del Código italiano de 1865): exigir un suplemento, o actuar inmediatamente sobre la cosa deteriorada, y, además, puesto que la responsabilidad de aquél está limitada a la cosa dada en prenda, si el deterioro o la destrucción es por su dolo o culpa, deberá responder a título de responsabilidad aquiliana (67); para RUBINO, si la garantía ha sido concedida por un tercero, el acreedor puede exigir una nueva garantía al deudor, pero puede exigirla también, a su elección, al tercero: no obteniéndola ni de uno ni de otro tiene derecho al pago inmediato, pero no puede exigir éste si antes no ha requerido sin éxito la nueva garantía al tercero (68); en opinión de ANDRIOLI, la tesis corriente no es aceptable, ya porque los artículos 2868 a 2871 colocan al tercer dador sobre la línea del fiador, ya porque si la conservación de la garantía funciona para el tercer propietario debe, *a fortiori*, aplicarse al tercer dador (69).

Nos parece que hay exceso en tales afirmaciones; extender hasta el fiador real la carga de otorgar un suplemento de hipoteca rebasa tanto el cometido y alcance del artículo 1894 como el estricto campo de las relaciones entre aquél y el deudor. Cuando para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena un tercero hipoteca sus bienes, su afección o vinculación a la situación jurídica en que interviene no puede ni debe pasar de ahí; el hecho de que con posterioridad la garantía otorgada resulte insuficiente por virtud del perecimiento o deterioro de la cosa alguna forma resultar sujeta a otorgar una nueva garantía cuando la dor en cuyo beneficio se produjo su participación: cuando el tercer da-

(66) CHIRONI, ob. cit., II, pág. 364.

(67) GORLA, ob. cit., pág. 157.

(68) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale*, ob. cit., pág. 21.

(69) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 47.

dor se compromete a dar una garantía, ha escrito con acierto PINO, cumple su obligación en el instante en que ha constituido la prenda o la hipoteca (70). Esto es lo exacto; la vinculación y responsabilidad del hipotecante no deudor no puede llevarse más allá del momento en que procede al adecuado establecimiento de la garantía prometida; exigir que, además, resulte afectado por las alteraciones que pueda sufrir la garantía otorgada sería colocarlo en un plano de participación que no se corresponde ni con su posición real en la situación jurídica en juego ni con el grado de interés que en la misma tiene.

Cierto que el artículo 1894 persigue la protección del acreedor mediante el restablecimiento de la garantía hipotecaria disminuida, mas semejante tutela no puede llevarse hasta el extremo de imponer al tercer dador la carga de dicha restauración, porque ello implicaría la vinculación respecto al acreedor de un sujeto que no tiene con él otra relación que la mera de ser propietario del bien objeto de la hipoteca; otra cosa es que si la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido por su dolo o culpa pueda resultar obligado a reparar el daño sobrevenido al acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad por hecho ilícito.

Por otra parte, la concesión de un suplemento de hipoteca no constituye, para la mayor parte de los autores italianos, una auténtica obligación, sino tan sólo una carga cuyo incumplimiento abre la vía para exigir el pago inmediato de la acreencia. Pues bien: esto que tiene sentido y se justifica cuando es el propio deudor el único vinculado a la restauración de la garantía (ya que si no la practica tendrá que soportar el reclamo del crédito), carecía de explicación al aceptar la tesis que combatimos, pues, en tal caso, uno de los afectados por la carga (tercer dador) no sufriría sanción, acaecido el incumplimiento de la misma, en cuanto a él no cabe exigirle el pago del débito. Además, con la tesis que criticamos resultarían conformadas de distinta manera y sometidas a diferente tratamiento jurídico las situaciones en que la garantía la constituya el propio deudor y aquellas en que la hipoteca provenga de un tercero (por un lado, el acreedor no podría exigir el pago sin requerir antes el suplemento tanto al deudor como al fiador real, y, por el otro, se le estaría concediendo una doble vía que no se da en la hipótesis en que coinciden deudor e hipotecante), lo que, sin duda, se compagina mal con la naturaleza y la construcción legal de la figura en estudio. En fin, no se olvide que el precepto habla de que el acreedor *tendrá derecho* a un suplemento de hipoteca; mas si se acepta que este derecho es ejercitable también frente al tercer dador, ¿qué clase de poder jurídico su-

(70) PINO, loc. cit., pág. 93.

pone el mismo, habida cuenta que en relación a éste carece en absoluto de efectividad y sanción? Si se quiere ser lógico con la formulación impugnada habría que concluir con RUBINO, aunque él no lo haga en estos términos, que la petición sin éxito de nueva garantía al tercero constituye presupuesto o requisito ineludible para que pueda reclamarse el pago de la acreencia al deudor, lo que, a no dudar, establece un condicionamiento al ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario que difícilmente cabe derivar del artículo 1894, a falta de mención expresa en tal sentido. Por todo lo hasta aquí apuntado, en nuestra opinión el hipotecante no deudor no está sujeto a la concesión de un suplemento de hipoteca en caso de disminución de la garantía, conclusión con la que de manera sorpresiva coincide RUBINO en su trabajo sobre las hipotecas, no obstante sus afirmaciones contrarias, antes apuntadas, hechas a propósito del estudio de la responsabilidad patrimonial (71).

Se pregunta PINO si esta misma solución será aplicable en el supuesto de que el tercer dador se haya comprometido mediante un único negocio, al mismo tiempo con el acreedor y con el deudor, a garantizar la obligación durante toda su duración. En su sentir, en este caso el deudor tiene derecho a que el tercero ofrezca el suplemento al acreedor para evitarle la pérdida del beneficio del término; pero si el tercero no ofrece el suplemento, el deudor no puede oponer al acreedor la falta de petición de suplemento al tercero, porque la relación que nace de tal negocio trilateral es distinta e independiente de la relación de garantía: privado del término, el deudor tendrá una acción *ex contractu* por incumplimiento de los otros dos contratantes (acreedor y tercer dador) (72). No tenemos ningún reparo en suscribir estas afirmaciones; una vez constituida la garantía hipotecaria por parte del tercer dador, la misma, en razón de que asegura el cumplimiento de una deuda ajena, podríamos decir que sale fuera de su ámbito jurídico, de su esfera de intereses, en cuanto ésta afecta en exclusiva a la relación jurídica existente entre acreedor y deudor, y, por tanto, es únicamente a estos sujetos a quienes interesa, y son ellos tan sólo los implicados en las situaciones positivas o negativas que la vivencia de la misma puede plantear, y ello aunque, como dice PINO, el tercer dador se haya obligado a garantizar el crédito durante toda su existencia, ya que este tipo de vinculación es por completo extraño y autónomo de la garantía hipotecaria constituida: del mismo no cabe derivar la necesidad de proceder a completar la garantía cuando experimente disminución por la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada. Aparte de que no deja de ser para-

(71) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 364.

(72) PINO, loc. cit., págs. 92-93.

dójico que cuando una persona grava una cosa de su pertenencia para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena pueda la misma en alguna forma resultar sujeta a otorgar una nueva garantía, cuando la primigenia haya resultado insuficiente precisamente porque se destruyó o menoscabó el bien de su propiedad, ¿no sería esto tanto como castigar o amenazar con un castigo a quien ha intervenido sin necesidad personal y, además, lo que sin duda agrava y hace más injusta la situación, cuando se ha producido el daño de la cosa que él puso al servicio de ajenas necesidades e intereses?

Mas si, según creemos, el tercer dador no está sujeto a procurar un suplemento de hipoteca en la hipótesis prevista en el artículo 1894 del Código civil, ¿acaso semejante afección corresponderá al tercer adquirente de la cosa hipotecada?

Cuando un tercero pasa a ser propietario del bien sometido a hipoteca, es obvio que, dado el carácter real del gravamen, debe soportar la limitación que a su dominio supone la existencia del mismo y estar a las consecuencias que en su día puede provocar la ejecución de la garantía; pero fuera de dicha implicación, que es mera consecuencia de la oponibilidad *erga omnes* del gravamen hipotecario, ninguna otra conexión o relación surge respecto a la obligación garantizada (prescindimos del caso en que la adquisición de la cosa gravada va acompañada de la asunción por el tercero de la obligación personal asegurada, pues en el mismo, claro está, no se produce problema alguno dada la identificación de sujetos que tiene lugar); aquí, todavía menos que en el supuesto del tercer dador, no hay razón que justifique la carga del tercer poseedor de constituir garantía complementaria cuando la originaria haya experimentado disminución por virtud del deterioro de la cosa gravada. Sostener lo contrario supondría afirmar que cuando alguien adquiere una cosa sometida a hipoteca en alguna forma pasa a estar obligado a garantizar el débito ajeno, en cuanto la insuficiencia de la garantía hipotecaria puede incidir negativamente sobre su patrimonio al resultar compelido a constituir una hipoteca complementaria; mas, como con exactitud ha resaltado PINO, se debe rechazar que el tercer adquirente soporte un vínculo contractual a garantizar porque al adquirir el bien gravado él no ha asumido compromiso alguno de garantizar la obligación de su autor (73).

El artículo 1894 conforma el derecho del acreedor a pedir suplemento de hipoteca en función de que la garantía originaria se ha tornado insuficiente: el acreedor ya no tiene segura la realización de su crédito, debido a que la hipoteca ha disminuido su cobertura; ahora

(73) *Ibíd.*, pág. 92.

bien, siendo esto así, ¿cuál puede ser la razón de que el tercer poseedor de la cosa se vea forzado a intervenir en beneficio del acreedor, cuando la única vinculación que con éste tiene es la que indirectamente se deriva del hecho de que la hipoteca sea un derecho real? El derecho del acreedor hipotecario a la conservación y mantenimiento de su garantía, que el artículo 1894 consagra, es evidente que sólo puede tener normal ejercicio contra el deudor, dado que es éste el único que con él aparece vinculado en forma inmediata, directa y principal. El tercer adquirente es un extraño en la relación que la hipoteca asegura y, en cuanto desprovisto de interés en la misma, mal puede verse involucrado en las incidencias de su garantía suficiente, aparte de que aquí se plantean también, incluso de manera más acentuada, los mismos inconvenientes e inconsecuencias que se expusieron a propósito de la crítica de la extensión al tercer dador de la carga de constituir suplemento de garantía, que damos por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

La conclusión a que debe arribarse en el punto que se considera es que en los ordenamientos jurídicos que tienen una norma similar al artículo 1894 del Código civil venezolano, acaecido el supuesto de hecho por el mismo previsto, el acreedor hipotecario únicamente puede exigir la garantía complementaria a su deudor, con indiferencia de que sea o no dueño del bien gravado, y únicamente éste, en consecuencia, soporta la carga de restablecer las garantías quebrantadas al nivel que tenían al tiempo de su constitución; tanto el hipotecante no deudor como el tercer poseedor de la cosa gravada en cuanto ajenos a los intereses en juego a nada quedan sujetos, y a la inversa, tampoco hace falta que el acreedor haya demandado infructuosamente a los mismos una nueva garantía para que, caso de no haberla obtenido del deudor, se produzca el efecto de la decadencia del término. Cosa distinta es que los aludidos sujetos puedan, si así lo desean, a objeto de evitar la ejecución de la hipoteca y la expropiación de los bienes gravados, ofrecer garantías complementarias, que el acreedor podrá libremente rechazar por más que sean aptas y suficientes, porque lo mismo puede hacer cualquier tercero general que no esté involucrado en forma alguna con la cosa gravada por la garantía real; y cosa distinta es también, tal como destaca PINO, que una oferta de suplemento hecha por el tercero impida los efectos de la demanda del acreedor, siempre que la oferta se produzca en forma tal que el deudor quede subrogado en la observancia de la carga y sea, por ello, hecha por su cuenta (74).

En el Derecho alemán, contrariamente, la doctrina dominante suele admitir que el acreedor hipotecario puede y debe reclamar el suple-

(74) *Ibíd.*, pág. 93.

mento de hipoteca también al tercer dador y al tercer adquirente; mas semejante opinión tiene en su apoyo una expresa mención legal de la que se carece en los correspondientes preceptos de los países latinos. En efecto, de acuerdo al parágrafo 1133 del BGB, «si, a consecuencia de un empeoramiento de la finca, corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede señalar *al propietario* un plazo prudente para el apartamiento del peligro»; es decir, la facultad del acreedor hipotecario puede ejercitarse, porque así lo establece explícitamente la norma, contra cualquiera que sea propietario (o figure como tal en el Registro: parágrafo 1148) de la finca gravada, y, por ende, no sólo contra el deudor que revista tal condición, sino también contra el tercer dador y contra el tercer adquirente que no estén en la situación de deudores. Ahora bien: el mismo precepto se encarga de señalar en qué consiste eliminar el peligro cuando establece que el peligro se aparta «por mejoramiento de la finca o por constitución de ulteriores hipotecas», de lo que resulta, mediante la adecuada interrelación, que también aquellas categorías de sujetos soportan la carga, cuando tal sea el caso, de proceder a otorgar la garantía hipotecaria complementaria que corresponda.

E.—*Responsabilidades extrañas al artículo 1894 del Código civil*

Se acaba de ver cómo la carga de constituir un suplemento de hipoteca que el artículo 1894 del Código civil contempla no es extensible hasta los terceros dador y adquirente en razón de que estos sujetos son extraños al juego de intereses que están en la base y constituyen la razón de ser del indicado precepto; mas, ¿significa esto que los mismos se hallan exentos de toda responsabilidad cuando la disminución de la garantía hipotecaria sobrevenga por su culpa? Por otra parte, si el artículo 1894 establece un adecuado régimen de tutela a los derechos del acreedor para el supuesto de debilitamiento de la seguridad hipotecaria, ¿supone el mismo que cuando la disminución proceda de la culpa de deudor su responsabilidad no llegará más allá de lo estatuido por la indicada norma?

Según PINO, cuando la disminución ha ocurrido por obra del deudor o del tercer dador, éstos responden del daño si se habían comprometido a garantizar la obligación durante toda su duración; pero si el vínculo de garantizar la obligación se extinguió en el instante de constituir la garantía, no serán llamados a responder contractualmente, ya que no existe al respecto ni disposición de ley ni vínculo contractual, ni tampoco extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño por su acción, ya que tan sólo la falta de suplemento o bien la falta de pago

lesionan sus intereses; ello significa que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, porque su único interés consiste en la posibilidad de una satisfacción forzosa del crédito en el caso de que el deudor no cumpla la obligación (75).

La primera parte de esta proposición parece aceptable sin mayores escrúpulos; es difícil que quepa exigir responsabilidad contractual al deudor o al hipotecante no deudor en razón de la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria cuando los mismos no se hayan comprometido a asegurar la obligación durante toda su existencia jurídica. La segunda parte de que tampoco procede responsabilidad extracontractual es más discutible.

En efecto, no parece sea posible dudar que si producida la destrucción o el deterioro de la cosa gravada por culpa del deudor o del fiador real, el acreedor no logra obtener un adecuado suplemento de hipoteca ni la exacta y completa satisfacción de su crédito, habrá experimentado un daño patrimonial que, en cuanto proveniente de hecho ilícito, caerá bajo los dictados de la responsabilidad aquiliana o extracontractual (artículo 1185 del C. c.); esto que, sin duda, supone ya un cierto e ineludible juego del mecanismo del hecho ilícito no se lo plantea PINO. Este autor contempla la exclusión de dicho mecanismo sobre la base de que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, ya que su único interés consiste en la satisfacción coactiva del crédito caso de incumplimiento del deudor; y es aquí donde creemos se da la falla de su formulación.

La garantía hipotecaria creada constituye su bien específico del acreedor cuya conservación ha de ser objetivamente tutelada so pena de transformarlo en algo ilusorio, y buena prueba de ello la tenemos en el propio artículo 1894, que atiende a la conservación de la garantía hipotecaria. Ahora bien: cuando por acto doloso o culposo del deudor o del tercer concedente la cosa gravada perece o se deteriora y se produce, por tanto, la pérdida o disminución de la hipoteca, con independencia de que la anticipada ejecución del crédito produzca o no pérdidas patrimoniales a su titular (por ejemplo, en materia de intereses), se le está irrogando al mismo un daño injusto que exige la aplicación de la responsabilidad aquiliana; bueno que, salvo expreso convenio al respecto, el deudor y el tercer dador no soporten la obligación específica de no disminuir la garantía hipotecaria constituida, pero si dolosa o culposamente la han disminuido estarán perjudicando un bien del acreedor y deberá exigírseles la reparación que proceda; desde el momento en que para un acreedor no es indiferente la existencia o no de la garantía,

(75) *Ibíd.*, pág. 97.

es evidente que ésta constituye objetivamente un bien cuyo daño debe caer bajo los dictados generales de la responsabilidad por hecho ilícito. Pretender, como lo hace PINO, que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma se halla muy cerca de la inconsecuencia, porque si así fuese, ¿cuál sería la razón de que ocurrida la disminución de aquélla por cualquier causa el acreedor pueda actuar de la manera prevista en el artículo 1894 del Código civil? Pues bien: si la simple y escueta minoración de las garantías hipotecarias generadas es susceptible de producir determinadas consecuencias jurídicas, ello nos patentiza que las mismas constituyen bienes *per se*, jurídicamente relevantes, y que, en consecuencia, ha de estar el acreedor interesado en su conservación.

Ya hace tiempo que LAURENT escribiera lo siguiente: «La hipoteca es la condición bajo la cual el acreedor contrató, la condición en razón de la cual hizo anticipos; sin la garantía hipotecaria no hubiera contratado, luego si esta garantía queda destruida o disminuida debe tener el derecho de pedir la resolución del contrato, es decir, el reembolso de su crédito. Poco importa que el deudor tenga o no la culpa; no por eso dejará de ser verdad que no se puede aprovechar de un contrato que el acreedor no hubiera consentido sin la garantía real» (76). Aun reducidas estas palabras a su exacto significado jurídico, no deja de ser cierto que en una mayoría determinante de casos la relación obligatoria garantizada llega a nacer precisamente porque su cumplimiento se asegura mediante la constitución de una hipoteca adecuada. Ahora bien: si la hipoteca representa en los mismos la razón de ser la obligación, ¿cabe sostener que el acreedor no tiene un interés legítimo a su conservación por ella misma? Cuando un acreedor acepta la hipoteca a su favor constituida, sin duda que para él revestirá interés el hecho de que la disminución de la misma acaezca por el deterioro de la cosa gravada le faculta para pedir una garantía complementaria y, en su defecto, para solicitar el inmediato pago de su acreencia, pero lo para él determinante no es tanto las futuras incidencias de su garantía (piénsese, por ejemplo, que la insuficiencia ocasionada por oscilaciones de valor del bien hipotecado no le atribuye facultad alguna), sino la garantía misma; él no la acepta pensando en lo que obtendrá o podrá hacer caso de que se pierda o disminuya (ello equivaldría a querer una figura jurídica por sus consecuencias anormales o excepcionales), sino pensando en lo que significa para la seguridad de su derecho si todo se desenvuelve con normalidad, si la hipoteca mantiene su originaria conformación o consistencia.

(76) LAURENT, ob. cit., XXX, págs 507-508.

El acreedor, frente a lo que piensa PINO, sí tiene un auténtico y legítimo interés a la conservación de la garantía hipotecaria por sí misma, so pena de consagrar el contrasentido de que lo que pudo ser determinante para él carece de interés en sí mismo considerado (¿acaso lo intrascendente por sí puede ser trascendente en sus aplicaciones?), y, por tanto, existiendo dicho interés es consecuencia obligada que siempre que por dolo o culpa del deudor o del hipotecante no deudor se produzca la disminución de la garantía hipotecaria, prescindiendo del régimen sancionado por el artículo 1894, procederá exigir la reparación del daño que experimente el acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Coincidimos, pues, en este punto concreto con el parecer de GORLA.

La posición negadora de PINO reproduce demasiado a lo vivo la corriente tradicional que ve en la hipoteca un mero accesorio del crédito, un simple instrumento al servicio de la realización de la acreencia, tesis esta que hoy es tenazmente combatida por el sector más destacado y valioso de la doctrina científica, el cual se esfuerza en resaltar, frente a la fase de efectividad o ejecución, la llamada fase de seguridad o cautelar de la hipoteca, tan importante o más que la primera, y en paten- tizar que la figura hipotecaria ostenta y goza de genuina autonomía estructural y funcional. Si la hipoteca constituye, como para nosotros no hay duda alguna, un auténtico derecho real de realización de valor que tiene por objeto una cosa determinada, no cabe pensar, sin caer en una situación dogmáticamente inaceptable, que el acreedor hipotecario titular del mismo no tiene un legítimo interés en su conservación, pues ello equivaldría a negarle eficacia intrínseca y, en definitiva, su propia naturaleza de derecho subjetivo.

Para PINO, si el autor de la disminución es el tercer adquirente, éste, de acuerdo a los principios generales, no será responsable frente al acreedor, porque el propietario de una cosa no puede estar sujeto a responder de los daños que los terceros experimenten por el ejercicio de su derecho, siempre que tal ejercicio no suponga la realización de actos de emulación. Mas hay una disposición, el artículo 2864 (del Código italiano, equivalente al art. 1905 del C. c. venezolano), por la que el tercero debe responder de los daños causados al acreedor cuando incurrió en culpa grave. La responsabilidad del tercer adquirente es, en tal caso, contractual, porque la obligación deriva de una disposición particular que demuestra claramente que no existe una obligación genérica de no disminuir la garantía. La *ratio legis* del artículo 2864 es clara. El acreedor tiene la posibilidad de satisfacerse sobre el resarcimiento que el tercero debe al propietario de la cosa que ha destruido,

porque *pretium succedit in locum rei*. Pero en el caso de que el autor del deterioro sea el mismo dueño de la cosa, nadie está obligado a reparar los daños, y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer. Imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave, el legislador equilibra los intereses del acreedor con los del propietario, de manera que éste, por el principio *qui rem suam neglexit nullae querelae subiecit*, estará sujeto a responder sólo cuando incurra en culpa grave (77).

En relación al tercer adquirente de la cosa gravada, la situación se presenta, en principio, en los mismos términos que se acaban de exponer respecto al tercer dador; es cierto que tanto uno como otro, en cuanto dueños de la cosa, no son responsables de los daños que puedan sufrir terceros en virtud del ejercicio de su derecho de propiedad. Pero no es por ahí, según se ha señalado anteriormente, por donde debe contemplarse la especial situación del dueño de la cosa hipotecada, sino desde la perspectiva siguiente: El acreedor hipotecario, en cuanto titular de un derecho real de hipoteca, ostenta un bien singular que, de manera general, estará protegido por el principio de prescripción de los hechos ilícitos; en consecuencia, cuando dolosa o culposamente el propietario de la cosa disminuye la garantía (daña el bien que pertenece al acreedor) mediante el menoscabo de la cosa que constituye su soporte, debe poder exigírsele la reparación del daño causado a través de la vía de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, porque ha producido perjuicios a un peculiar bien ajeno (por más que éste tenga por objeto la cosa de su pertenencia): la garantía hipotecaria constituida a favor del acreedor. Pese a lo que pretende PINO, el acreedor sí tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, y por ello se explica que caiga bajo los efectos de la responsabilidad por hecho ilícito cualquiera que, en las condiciones legalmente prescritas para ésta, la dañe o perjudique, incluido, claro está, el mismo propietario de la cosa objeto de la garantía real. Valen, pues, en este punto, respecto al tercer adquirente de la cosa hipotecada, las mismas consideraciones y conclusiones que se explayaron a propósito del tercer concedente y se dan aquí, en consecuencia, por reproducidas.

Mas en relación al tercer poseedor, la ley trae una disposición que no aparece dictada en relación al tercer dador; en efecto, de acuerdo al artículo 1905 del Código civil, «el tercer poseedor está obligado a reembolsar los daños ocasionados al inmueble por culpa grave de su parte, en perjuicio de acreedores que hayan registrado su título, y no podrá invocar contra ellos retención por causa de mejoras». Este precepto

(77) PINO, loc. cit., pág. 97.

constituye una valiosa ayuda para la tesis que sostenemos, porque demuestra, con la fuerza que da toda formulación legal, que el deterioro del inmueble hipotecado por parte de su propietario es susceptible de causar perjuicio al acreedor hipotecario.

Según PINO, cuando la disminución de la garantía se produce por deterioro de la cosa, el autor de éste no debe ser llamado a responder ni contractual ni extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño en virtud de tal acontecer; mas si ello fuera cierto, ¿cómo se explica que el artículo 1905 obligue a resarcir los daños causados a la cosa en perjuicio de los acreedores hipotecarios? La existencia del mismo patentiza en forma inexcusable que el acreedor sí experimenta daño cuando, mediante la actuación del dueño de la cosa, ve disminuida la garantía hipotecaria a su favor constituida y demuestra también, de manera refleja, que aquél es titular de un bien específico a cuya conservación tiene un interés legítimo, ya que la ley atiende a la misma no sólo mediante el recurso genérico de la responsabilidad extracontractual, sino incluso a través de instrumentos concretos, como es el recogido en el artículo 1905 antes transcrito. Si se nos objetara que PINO hace tan sólo sus afirmaciones en relación al deudor y al tercer dador, pero no respecto al tercer adquirente (ya que frente a éste se lo impide el texto expreso del artículo 1864 del *Codice civile*), se podría replicar que en uno y otro supuesto la situación es por completo idéntica y que si en uno de ellos (el del tercer adquirente) se admite que el deterioro de la cosa causa perjuicio al acreedor, igual conclusión debe predicarse para el otro, porque la posición jurídica e intereses de las partes son exactamente las mismas; lo único que sucede es que, mientras en el primero existe una específica disposición legal que obliga al tercer poseedor a resarcir el daño, falta en el segundo un precepto concreto que imponga similar obligación al tercer concedente. Pero negar la sanción no significa negar el daño, y ello en el supuesto de que se entienda que el artículo 1905 del Código civil, en cuanto norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación estricta y no es susceptible de extenderse por analogía a casos similares (entre los que se hallaría, sin duda, el del hipotecante no deudor y el del deudor propietario del bien gravado). cosa muy discutible, pues hoy la doctrina admite, sin mayores problemas, que toda norma, sea cual sea su naturaleza, es susceptible de aplicación analógica.

De acuerdo a la orientación que sostenemos tendríamos, pues, que tanto el deudor como el fiador real, como el tercer poseedor, serían responsables por hecho ilícito cuando por acto doloso hubiesen ocasionado la disminución de la garantía hipotecaria. Pero, por lo que hace al

tercer adquirente, además de la genérica responsabilidad extracontractual, el mismo soportará la específica responsabilidad legal sancionada por el artículo 1905 del Código civil en los términos que dicho precepto señala; es decir, que mientras la responsabilidad aquiliana procede por dolo y cualquier clase de culpa del autor del acto ilícito (*in lege Aquilia et laevissima culpa venit*), la que establece el artículo 1905 sólo será posible en caso de dolo o culpa grave del causante del daño.

En opinión de PINO, la *ratio legis* del artículo 1905 (art. 2864 del Código italiano) descansa en que el hecho de que en cuanto el autor del deterioro por ser dueño de la cosa no está obligado, en línea de principio, a resarcir del daño causado, y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer, el legislador equilibra los intereses de uno y otro imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave.

A primera vista se advierte que esta no puede ser la fundamentación adecuada, porque la misma situación de peligro atraviesa el acreedor hipotecario cuando el daño a la cosa lo ocasiona el deudor o el tercer dador, y, sin embargo, la ley nada dispone en estas últimas hipótesis. La explicación de la norma en consideración posiblemente se encuentre en el hecho de que el tercer poseedor, frente al tercer dador y al deudor hipotecante, no ha procedido a constituir por él el gravamen hipotecario, sino que adquiere la cosa ya con esa afección, y ello lleva al legislador a adoptar una especial precaución frente al mismo sobre la base de que será menos respetuoso de la garantía en cuyo nacimiento no intervino. Esta es, sin duda, la explicación más neutra, porque, en nuestra opinión, la norma podría establecer un supuesto general de responsabilidad legal en todo caso en que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga de la culpa grave del propietario de la misma sin entrar a discriminar la exacta condición jurídica de éste en relación a la garantía hipotecaria, solución perfectamente acogible en el Derecho venezolano, aun prescindiendo de la analogía, porque en el mismo la expresión «tercer poseedor» (que utiliza el art. 1905 del Código) engloba tanto al tercer poseedor *stricto sensu* como al tercer dador, cosa que no sucede en el ordenamiento italiano, donde se distingue con precisión entre una y otra categoría de sujetos, y el artículo 2864 del *Codice* aparece referido en exclusiva al tercer adquirente.

Dada la posición que adoptamos se comprende que la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito alcance también al tercero en general que mediante el daño o deterioro de la cosa gravada disminuya la garantía hipotecaria. Es cierto, como dice PINO, que, en esta hipótesis, el acreedor hipotecario tiene eventualmente la posibilidad de satisfacerse sobre el precio del rescabimiento que el tercero deba al propieta-

rio, pero junto a este recurso subsidiario disfruta de otro principal, por cuya virtud puede perseguir directamente al autor del daño por el monto del perjuicio que haya experimentado, siempre que se den, claro está, las circunstancias que conforman la responsabilidad por hecho ilícito.

La razón es palmaria, y ya la hemos resaltado reptidas veces. El acreedor hipotecario es titular de un derecho real de hipoteca que constituye un bien singular a su favor existente. Pues bien: aunque no se quiera hablar de que existe una obligación de no disminuir la garantía hipotecaria, y menos respecto al tercero indeterminado, sí hay que admitir, en cambio, que existe una prohibición general de no lesionar los derechos subjetivos ajenos (*alterum non laedere*), y, por tanto, quien por acto doloso o culposo, con indiferencia de cuál sea su relación con la cosa gravada y con el acreedor, causa lesión al derecho real de hipoteca, está actuando en forma antijurídica o contraria a Derecho y queda obligado, en consecuencia, a reparar el daño ocasionado. La lesión culposa de un derecho ajeno constituye un hecho ilícito y pone en marcha, naturalmente, el mecanismo de la responsabilidad aquiliana.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la responsabilidad del autor de la disminución de la garantía frente al acreedor hipotecario; dos palabras ahora, para terminar el punto, sobre la responsabilidad de aquél frente al deudor en la relación obligatoria garantizada.

El supuesto es el siguiente: por acto del tercer adquirente o del tercer dador la garantía hipotecaria constituida experimenta disminución y el acreedor perjudicado procede a actuar en los términos previstos por el artículo 1894 del Código civil, esto es, exige al deudor el otorgamiento de una nueva garantía, y, de no obtener ésta, el pago inmediato de su acreencia (pérdida del beneficio del término para el deudor). Pues bien, hay que distinguir:

Si el tercer concedente se ha obligado respecto al acreedor y al deudor a garantizar la obligación mientras ésta subsista, es claro que la disminución de la garantía por culpa suya le acarreará la responsabilidad contractual correspondiente. Caso contrario, desde luego que no procede semejante responsabilidad por incumplimiento de contrato. Según RUBINO, si por culpa del tercer concedente el deudor pierde el beneficio del término y paga la deuda o sufre ejecución forzosa, y si, por otra parte, dicho tercero se obligó a título oneroso con el deudor a conceder la garantía, será responsable para con éste de los eventuales daños que se le produzcan; en su opinión, frente al parecer de CHIRONI, aunque no se trata de una garantía por evicción, es por lo menos dudoso que esta responsabilidad subsista también en el caso de que el compromiso del tercero frente al deudor de suministrar la garantía se haya

contraído a título gratuito (78). Esta distinción carece por completo de justificación; a los efectos de la responsabilidad contractual del hipotecante no deudor, es absolutamente irrelevante que el mismo haya constituido al gravamen hipotecario a título gratuito o a título oneroso, ya que a los señalados efectos lo único que debe tomarse en consideración es si el tercer dador cumplió con su obligación en el momento mismo en que constituyó la garantía, o si, por el contrario, su compromiso comprendía también el aseguramiento del crédito por toda su duración, pues en el primer caso no hay responsabilidad y en el segundo sí la hay cuando, por la conducta de aquél, tiene lugar la disminución de la garantía hipotecaria generada.

¿Y la responsabilidad extracontractual?

Para PINO, si la obligación del tercer concedente era de ejecución instantánea, es decir, si fue cumplida en el momento mismo en que se estableció la garantía, para admitir su responsabilidad con el deudor haría falta poder demostrar que este último goza de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía. Tal derecho no existe ni siquiera si se configura la hipoteca como un derecho real, porque en este caso el tercero estaría obligado tan sólo respecto del acreedor (aquí se advierte que la posición negadora de la responsabilidad aquiliana del tercero frente al acreedor, que sostiene PINO, es una consecuencia obligada de algo que tiene en mente y que no manifiesta a lo largo del trabajo tantas veces citado: la negación a la hipoteca de su naturaleza de derecho real; por ello, cuando en hipótesis atribuye a la garantía hipotecaria la condición de derecho real, se ve obligado frente al acreedor hipotecario, con lo cual la solidez de su argumentación se rebaja en forma sustancial, ya que sus conclusiones no las deriva del hecho de haber demostrado, como sería lo correcto, que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, sino de dar esto como supuesto en base a la tesis, utilizada, pero no advertida y mucho menos demostrada, de que la hipoteca no constituye un genuino derecho real). Por lo demás, concluye, ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa; el artículo 2864, que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, es una norma excepcional, y como tal no puede ser interpretada análogicamente ni respecto a la responsabilidad del tercer adquirente ni respecto a la responsabilidad del tercer dador (79).

(78) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale...*, ob. cit., pág. 21.

(79) PINO, loc. cit., pág. 98.

Consecuentes con lo que hasta aquí hemos venido sosteniendo, tampoco en este lugar podemos estar de acuerdo con PINO. El punto de arranque de su tesis se halla en la indemostrada afirmación de que para que el tercer dador y el tercer adquirente pudiesen ser responsables, ante el deudor, por vía extracontractual haría falta que este último «gózase de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía». Pues bien: esto es lo que ocurre exactamente; el deudor tiene verdadero interés en que la garantía hipotecaria se mantenga en los mismos términos en que fue constituida y se trata, sin duda, de un interés legítimo (o legítimamente tutelado, en la terminología de PINO), pues, de acuerdo al artículo 1894, sabido es que cuando la garantía hipotecaria experimente disminución, por cualquier hecho que implique deterioro de la cosa gravada, el acreedor tiene derecho a exigirle al deudor un suplemento de hipoteca (sólo a él, y no, como se ha visto, al tercer concedente o al tercer poseedor) y, en su defecto, al pago inmediato de su acreencia. A la vista de tal dispositivo legal que establece unas claras consecuencias perjudiciales para el deudor caso de debilitamiento de la hipoteca, ¿es posible afirmar que el mismo carece de un interés legítimo a la conservación de la garantía? El acreedor hipotecario, según antes se ha advertido, en cuanto titular de un auténtico derecho real de garantía ostenta inobjetablemente interés legítimo en su mantenimiento, pero el deudor se encuentra también en similar situación; es más, bajo la perspectiva que brinda el artículo 1894, podría decirse sin exageración que el deudor está más interesado que el acreedor en la subsistencia del *statu quo*, porque, a fin de cuentas, él va a ser el principal y directamente perjudicado en caso de alteración, ya que el acreedor hipotecario se acogerá, como compensación al perjuicio experimentado, al régimen tuitivo que a su favor sanciona el referido artículo 1894 del Código civil. Bajo este ángulo cabría afirmar que el deudor tiene interés, e incluso derecho, a que nadie provoque mediante su actuación la disminución de la garantía hipotecaria constituida; está legítimamente interesado en que la hipoteca no se degrade, y, en consecuencia, cuando alguien en forma dolosa o culposa ocasiona semejante situación, en cuanto está actuando contra Derecho, en cuanto lesiona un interés jurídicamente relevante debe caer bajo la férula de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

PINO cree que ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa, partiendo de la vieja máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*. Hay aquí una sensible confusión de conceptos, pues para establecer la responsabilidad extracontractual de los aludidos sujetos ni

siquiera hace falta recurrir a la figura del abuso de derecho (que permitiría sin obstáculo fundamentarla, ya que, de acuerdo con el artículo 1185, 2.º, «debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho»), sino tan sólo tomar en consideración que cuando el hipotecante no deudor y el tercer poseedor disminuyen en forma dolosa o culpable la garantía hipotecaria que pesa sobre la cosa de que son dueños (menoscabando, por ejemplo, ésta) están actuando contra Derecho o ilícitamente, ya que con su conducta irrojan un perjuicio al deudor (que sufrirá las consecuencias del artículo 1894), quien tiene, como antes se señalaba, un interés legítimo a la conservación de la garantía en la exacta contextura que *ab initio* ostentó, y, en consecuencia, el daño debe calificarse necesariamente de injusto (79 bis).

Por otra parte, la aseveración del mencionado autor de que el artículo 2864 del Código civil italiano (equivalente al art. 1905 del C. c. venezolano), que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, constituye una norma excepcional y no cabe, por tanto, su interpretación analógica ni en relación a dicho tercer adquirente ni en relación al tercer dador, es por completo gratuita. El mencionado artículo no establece una «excepción a reglas generales o a otras leyes» (artículo 14 de las disposiciones sobre la ley general del Código italiano), ya que, según se ha advertido más arriba, no existe obstáculo intrínseco alguno para que la norma en cuestión se entienda en el sentido de que establece un supuesto general de responsabilidad legal siem-

(79 bis) Al respecto son bien significativas e instructivas las siguientes palabras de GIORGI: «Pero ¿cuál será en definitiva el criterio para distinguir el daño hecho *iure* del causado *iniuria*? Este criterio, si bien se considera, no puede consistir en la creencia de ejercitar un derecho; porque si la buena fe excluye siempre el dolo, no excluye igualmente la imprudencia, la negligencia, la impericia. El criterio que vamos buscando consiste únicamente en investigar si de parte del ofendido existía un derecho por el que le estaba garantido lo que perdió. En verdad no hay derecho contra derecho; y es absurdo que el ejercicio del derecho propio pueda conducir a la violación del derecho ajeno, no pudiendo proteger la ley contemporáneamente el interés del perjudicado y el interés contrario del que causa el perjuicio. Por no haber reflexionado en esta verdad de buen sentido, algunos escritores han caído en el absurdo de reducir a puro juego de palabras el axioma *qui iure suo utitur nemini iniuriam facit*; sin comprender que la violación del derecho ajeno no puede nunca justificarse como ejercicio de derecho propio, porque no es legítimo. Si, pues, el uso del derecho propio presupone necesariamente la falta de derecho contrario, el criterio que buscamos consistirá en ver si de parte del perjudicado existirá derecho o simple interés. Entendemos como derecho el goce de la utilidad garantizado por la ley; simple interés, el goce de la utilidad no garantizado por la ley» (GIORGI, ob. cit., V, págs. 263-264).

pre que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga del propietario de la misma sin tener que discernir la exacta condición jurídica de éste respecto a la garantía hipotecaria, máxime en el ordenamiento venezolano, donde, bajo el término legal tercer poseedor, se cobijan tanto el genuino tercer poseedor como el auténtico tercer concedente.

Por las mismas razones que antes se aducían en relación al acreedor hipotecario, es claro que para nosotros también el tercero general o indeterminado (*poenitus extraneus*) puede quedar obligado frente al deudor en virtud de la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito.

4. Insuficiencia de la garantía hipotecaria

La aplicación del artículo 1894 del Código civil exige, tal como se ha visto, que la cosa sometida a hipoteca haya perecido o se haya deteriorado; a su vez, sabemos, asimismo, que la simple depreciación de la cosa gravada no pone en movimiento el mecanismo protector que se está estudiando. Pues bien: colocándonos ahora en un superior estadio en la consideración de los presupuestos de actuación del indicado precepto tendremos, según una primera y global visión, que el acreedor hipotecario sólo podrá actuar en el sentido por el mismo previsto cuando el menoscabo del bien sea de una entidad tal que la garantía se haga insuficiente para su seguridad, con lo cual la circunstancia de la disminución de aquél pasa a tener primerísima importancia, ya que será la misma el módulo a manejar para decidir si se ha producido o no una situación de insuficiencia hipotecaria. Coordinando estas ideas podría decirse, a primera vista, que ni el solo deterioro de la cosa ni la sola disminución de valor bastan para la aplicación del artículo 1894, sino que hace falta el juego combinado de uno y otro factor, o, si se quiere en otros términos, que menoscabo de la cosa que no torne insuficiente la garantía y depreciación que no sea consecuencia del deterioro de aquélla son irrelevantes en el específico campo contemplado, pues éste exige que el daño sufrido por el bien suponga una disminución de su valor tal que en adelante la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la exacta satisfacción del crédito bajo ella cobijado. En este sentido, el artículo 1894 del Código civil habla de que «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que *los haga insuficientes para garantizar el crédito...*». Desde luego no es necesario advertir que el estudio de la insuficiencia de la garantía ocasionada por su disminución sólo tiene sentido en el caso de que la cosa hipote-

cada haya experimentado deterioro (eso sí, de la necesaria entidad como para dar lugar a ella), pues, como advierte DE PAGE, la pérdida total torna la garantía inexistente y la norma jurídica tendrá aplicación en tal caso *a fortiori* (80).

La doctrina francesa, como de costumbre, se pronuncia en bloque y sin hacerse mayor cuestión sobre la necesidad de la insuficiencia de la garantía para que juegue el artículo 2131 del *Code*. En el sentir de TROPLONG, en el artículo 2131 el legislador supone que en el momento en que se concluyó la convención el deudor ofreció bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero después tal garantía ha resultado insuficiente, ya por pérdida, ya por degradación de los bienes hipotecados; semejante insuficiencia debe ser constatada por el acuerdo de las partes, por el juez o por una experticia (81). BAUDRY LACANTINERIE y DE LOYNES afirman que la aplicación del artículo 2131 exige que la disminución haya determinado que la hipoteca resulte insuficiente para la seguridad del acreedor; para ellos, la regla del mencionado artículo difiere de la del artículo 1188, porque toda disminución de las garantías, proveniente de hecho del deudor, entraña la decadencia del beneficio del término aunque las que resten sean todavía suficientes para la seguridad del acreedor (82). En opinión de PLANIOL y RIPERT es necesario que la disminución de las garantías originarias las haga insuficientes para el acreedor; en tal sentido señalan que si una cosa hipotecada, asegurada contra incendio, es destruida por el fuego, el acreedor sólo podrá pedir un suplemento de hipoteca si el inmueble se halla suficientemente asegurado o si la compañía de seguros alegase con éxito una causa de caducidad del seguro; si, por el contrario, la indemnización debida por el asegurador es un exacto equivalente del inmueble, el acreedor, cuyo derecho de preferencia se trasladó sobre la indemnización, no puede alegar el artículo 2131 (83).

En parecidos términos se pronuncian los autores belgas. LAURENT señalaba que la degradación del inmueble hipotecado no basta para que el acreedor pueda promover el reembolso; es necesario que el inmueble venga a ser insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que si, a pesar del deterioro, al valor del inmueble da el acreedor garantía plena, no puede quejarse por no tener interés en ello; sólo cuando el inmueble deteriorado no tiene ya un valor que esté en relación con el monto del crédito, el acreedor tiene derecho a pedir el reembolso. ¿Cuándo puede

(80) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, pág. 536.

(81) TROPLONG, ob. cit., II, págs. 385-386.

(82) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., pág. 491.

(83) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411.

decirse que hay insuficiencia de seguridad? Esta es una cuestión de hecho; los peritos se encargarán de valuar el inmueble y el juez decidirá en consecuencia (84). En nuestros días, para DE PAGE es evidente que el solo hecho de la degradación no sería suficiente para justificar la decadencia del término; hace falta, en consecuencia, que dicha degradación haya disminuido la seguridad o, en otras palabras, que haya agravado la situación del acreedor, ya que de no ser así una sanción tan grave como la exigibilidad del crédito principal no se justificaría; la cuestión de determinar si hay insuficiencia de la seguridad es de puro hecho (85).

También la doctrina italiana se orienta en la misma dirección: la norma protectora de los intereses del acreedor hipotecario sólo tendrá aplicación cuando la disminución sufrida por la garantía determine la insuficiencia de la misma a efectos de la seguridad de aquél. Para PINO, el artículo 2743 del *Codice* exige que el deterioro de la cosa debe ser de tal entidad, que ocasione la insuficiencia de la garantía; su aplicación depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino también del criterio relativo de la insuficiencia, resultando así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación (86). Según RUBINO no basta cualquier disminución del valor del bien que no determine la insuficiencia de éste para satisfacer el crédito; probablemente, sin embargo, no es necesario que el valor descienda por debajo del crédito, sino que, por la imprevisibilidad del precio de venta y por el argumento que ofrecen los artículos 2875 y 2876, siempre deberá quedar salvaguardado un margen prudencial de al menos un tercio de exceso (si preexistía) (87).

Entre los autores venezolanos, siguiendo la misma pauta, SANOJO señala, al hablar de los requisitos para la aplicación del precepto que se está considerando, que es necesario que la hipoteca se haga insuficiente para garantizar el crédito, según su condición (88).

Y la verdad es que, a la vista de los artículos que contemplan la materia en los Códigos civiles francés, italiano y venezolano, difícilmente cabe otra conclusión que la que, en forma unánime, sigue la doctrina que comenta tales cuerpos legales. En ellos, de manera clara y precisa, se subordina la operancia del régimen tuitivo previsto al hecho de que la garantía haya resultado insuficiente para la satisfacción

(84) LAURENT, ob. cit., XXX, pág. 510.

(85) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, págs. 536 y 540.

(86) PINO, loc. cit., pág. 90.

(87) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare* ., ob. cit., pág. 363.

(88) SANOJO, ob. cit., IV, pág. 339.

del crédito asegurado. La aplicación del artículo 1894 del Código civil estará subordinada, en lo que ahora nos interesa, a un doble orden de factores, ya que, por un lado, hará falta que el bien hipotecado haya sufrido deterioro o menoscabo (entendido éste en la forma amplia que con anterioridad se vio) y, por el otro, se precisará que la disminución de valor por éste provocado determine su insuficiencia para la seguridad del acreedor.

Pero con aceptar, como no queda otro remedio, que el juego del artículo 1894 depende de que la disminución sufrida por la garantía hipotecaria sea de tal envergadura que la torne insuficiente para el acreedor no quedan aclarados ni resueltos todos los problemas que semejante condicionamiento ocasiona. En efecto, no hay duda de que podrá y deberá hablarse de insuficiencia de la garantía cuando el valor del bien gravado era apto para cubrir el monto del crédito y luego, como consecuencia del daño experimentado, pierde tal aptitud; pero ¿podrá catalogarse en forma similar la situación existente cuando el bien era ya insuficiente en el momento de la constitución de la hipoteca y con posterioridad se agravó dicha insuficiencia en virtud del deterioro sufrido? Porque no hay ningún obstáculo para que la hipoteca recaiga sobre un bien cuyo valor actual sea inferior al monto del crédito a garantizar, incluso se afecte hipotecariamente una parte del valor total del bien que no alcance a cubrir la entera satisfacción de la acreencia; en estos casos, siendo la hipoteca *ab origine* insuficiente, ¿cuándo se estimará que se dan los presupuestos para la aplicación del artículo 1894 del Código civil? Por otro lado, puede suceder también que el gravamen hipotecario se haya establecido por una cantidad sensiblemente superior a la cuantía del crédito principal a garantizar, y que después, por razón del menoscabo del inmueble y su subsiguiente disminución de valor, se haya perdido semejante diferencia por más que el bien continúe siendo suficiente para garantizar el crédito, ¿deberá operar en este supuesto el mecanismo que nos ocupa? En fin, aun en el caso normal de hipoteca de una cosa cuyo valor cubra de manera adecuada la acreencia asegurada, ¿podrá hablarse de insuficiencia cuando, no obstante la sobrevenida disminución de valor, todavía el precio del bien alcance el monto del crédito asegurado? Como se ve, la expresión insuficiencia de la garantía no es tan inocua como a primera vista parece, y obliga a formular precisiones que la norma jurídica no cuidó en atender.

En relación a este punto, RUBINO advierte certeramente la importancia y necesidad de proceder a la adecuada formulación de lo que debe entenderse por insuficiencia de la garantía cuando señala que probable-

mente no es necesario, a tal efecto, que el valor del bien recaiga por debajo del crédito asegurado y que, en razón de la imprevisibilidad del precio de venta y del apoyo que brindan los artículos 2875 y 2876 del Código italiano, la cosa sometida a hipoteca se entenderá insuficiente para la seguridad del acreedor cuando su valor no exceda al crédito, por lo menos, en un tercio, siempre que originariamente se diese tal exceso.

Ello es exacto. El artículo 1894 puede tener aplicación en ciertos casos en que, no obstante su disminución de valor, el bien conserve adecuada entidad para la cabal satisfacción del crédito y en los que, en consecuencia, no puede afirmarse objetivamente que la cosa gravada se ha hecho insuficiente para la seguridad del acreedor. En el Derecho italiano esta tesis ve facilitada su acogida en virtud de las disposiciones que el *Codice* trae a propósito de la posibilidad de obtener la reducción de las hipotecas en el caso de exceso en el valor de los bienes hipotecados. En efecto, de acuerdo al artículo 2875 del Código civil italiano, «se considerará que el valor de los bienes excede de la cautela a suministrarse, si tanto en la fecha de la inscripción de la hipoteca como posteriormente supera en un tercio el importe de los créditos inscritos, aumentado en los accesorios a tenor del artículo 2855». Pues bien: cuando se dé tal circunstancia, el artículo 2876 permite obtener la reducción de la hipoteca en los siguientes límites: «La reducción se opera respetando el excedente del quinto, por lo que se refiere a la suma del crédito, y el excedente del tercio, por lo que se refiere al valor de la cautela.» Si tal es la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación que la ley considera justa y adecuada para el caso de que en el instante de su nacimiento o con posterioridad el gravamen hipotecario exceda al monto del crédito asegurado en una proporción superior al tercio, parece razonable pensar que si en algún momento del devenir hipotecario el valor del bien, en razón del menoscabo sufrido, deja de superar en esta proporción el importe de la acreencia se habrá producido la insuficiencia de la garantía hipotecaria y deberá tener aplicación el mecanismo reparatorio que se estudia, por más que el bien hipotecado continúe teniendo un valor igual o superior a la acreencia asegurada; claro que ello será así siempre que en el instante de la constitución de la garantía hipotecaria se diese ese margen de, por lo menos, un tercio de exceso.

Por desgracia, en este punto, como en tantos otros, el Código civil venezolano, aun siendo coetáneo del italiano, carece, a diferencia de éste, de cualquier previsión o punto de referencia que pueda aprovecharse en el sentido que, como se acaba de ver, RUBINO utiliza los ar-

títulos 2875 y 2876 del *Codice*, y, en consecuencia, el concreto exceso de un tercio que el valor del bien gravado deberá mantener respecto al crédito garantido no podrá servir como piedra de toque para determinar si procede o no el empleo del artículo 1894. Pero siendo esto cierto, no lo es menos que cuando, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se hipoteca un bien cuyo valor guarda una precisa y buscada relación con la cuantía de aquélla, siempre que por deterioro y subsiguiente depreciación de la cosa gravada se rompa aquel margen o relación se estará produciendo una situación en todo similar a la prevista en el artículo 1894, y éste deberá extender lógicamente su ámbito de aplicación a la misma. En efecto, supongamos que, por las razones que sean, un acreedor sólo está dispuesto a recibir en hipoteca un bien cuyo valor exceda en una mitad el importe de la obligación que se va a asegurar y que así se cierra la operación en definitiva; después, por menoscabo del inmueble, el señalado margen se reduce a un tercio de exceso tan sólo. Desde el ángulo objetivo estricto es evidente que no se ha producido una situación de insuficiencia de la garantía, ya que el importe de la misma sigue rebasando al del crédito, y, por tanto, parece que debería excluirse la posibilidad de que el acreedor hipotecario se acoja al artículo 1894; mas, rectamente miradas las cosas, atendida la *ratio legis* del precepto y buscando la interpretación más racional del mismo, la conclusión debe ser, según creemos, que la hipótesis planteada queda comprendida dentro del supuesto de hecho de la norma (como una de sus posibles formas de presentación o planteamiento), y por ello ha de extenderse a la misma el peculiar mecanismo de tuición conformado en el artículo referido.

La solución que propugnamos, pues, en relación al punto que se está contemplando, es que en el Derecho venezolano, cuando entre el valor del bien objeto de la garantía y el importe del crédito garantizado existe una determinada y exigida proporción, si ésta se pierde por causa del deterioro del bien, podrá el acreedor hipotecario alegar insuficiencia de la garantía e impetrar el amparo del artículo 1894 del Código civil.

Hasta aquí nos hemos venido ocupando del sistema vigente en Francia, Italia y Venezuela, según el cual, por más que se entienda en la forma amplia que se acaba de acoger, es inexcusable que la insuficiencia de la garantía haya tenido actual y real verificación; pero la legislación comparada nos ofrece otro modelo a cuyo tenor no hace falta que la insuficiencia se haya producido, sino basta con que exista el peligro o racional temor de que llegue a producirse.

Así, en el Derecho alemán, de acuerdo al parágrafo 1133 del BGB, «si a consecuencia de un empeoramiento de la finca *corre peligro la seguridad de la hipoteca*, el acreedor puede señalar al propietario un plazo prudencial para el apartamiento del peligro...». La diferencia frente al sistema anterior estriba en que mientras en el ordenamiento germano, una vez producido el menoscabo del inmueble, aunque la disminución de la garantía hipotecaria que el mismo entraña no provoque su insuficiencia, el acreedor puede actuar en base a la sola consideración de que por tal acaecer corre peligro la seguridad que para la satisfacción del crédito ofrecía la hipoteca (siempre, claro está, que se acredite la realidad de tal peligro), en aquellos otros ordenamientos, según se ha visto con minuciosidad, no basta la disminución de la garantía originada por la degradación del bien hipotecado, sino que hace falta, además, que la disminución sea de tal entidad que la hipoteca haya devenido actual y efectivamente insuficiente para la seguridad del acreedor. La separación es neta, mientras en un régimen basta el peligro de perjuicio para el acreedor, en el otro se precisa la consumación de dicho peligro. En este último sistema, expone MORENO QUESADA, parece como si el deterioro de la finca en sí mismo dejase de interesar; lo que ha de tenerse en cuenta es la disminución de valor que en ella se ha producido y el que pueda llegar a alcanzar un determinado *quantum*. «De todas maneras—concluye—, debe tenerse presente que, según ello, esta cuantía que precisa el daño es variable y dependerá del monto de la garantía que proporciona, de tal manera que puede pensarse sería indiferente a estos efectos el que se produzca si no lo es de la entidad necesaria para temer que provoque la insuficiencia de la hipoteca» (89).

Tampoco el Derecho español ha seguido la tónica dominante en este punto en los ordenamientos civiles latinos, consistente, como se sabe, en exigir para que proceda la protección del acreedor hipotecario el requisito de la insuficiencia de la garantía. En el Proyecto de Código civil de 1851, el modelo francés sobre la materia se quebró en un doble sentido: primeramente, porque, frente a lo que ocurría en el *Code*, es un único precepto, e incurriendo GARCÍA GOYENA en la defectuosa interpretación que caracteriza a la doctrina francesa, recogía la doble hipótesis del deterioro debido a culpa del deudor y del deterioro fortuito de la cosa gravada, con las consabidas consecuencias jurídicas según se trate de uno u otro caso (art. 1796), y en segundo término, porque la aplicación de la norma no estaba subordinada, cual es corriente en los Códigos inspirados en el prototipo galo, a una determinada entidad del

(89) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 567-568.

deterioro sufrido por la cosa, sino que procedía aunque la disminución acarreada por el menoscabo no hubiese tornado insuficiente la garantía hipotecaria para la seguridad del acreedor.

Esta misma orientación se ha conservado en el Derecho hispano actual; así, de acuerdo al artículo 117 de la Ley Hipotecaria vigente (de 8 de febrero de 1946), «cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y *fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca*, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño...».

Al comentar semejante precepto, los autores españoles suelen señalar que para que proceda el ejercicio de la acción en el mismo recogida (acción de devastación) no basta con que la finca hipotecada sufra un deterioro y con que, por razón de éste, disminuya su valor, sino que hace falta, además, que en base a tales circunstancias se produzca un fundado temor de que la hipoteca resulte insuficiente. «Por tanto —escribe GUILARTE ZAPATERO—, para el éxito de esta acción no basta con que se produzca un deterioro, ni tampoco una disminución en el valor de la finca, sino que parece, dada la redacción del precepto, que lo que adquiere relevancia decisiva es la existencia de un fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca» (90).

La diferencia entre el sistema español y el instaurado por el Código francés (aceptado en el Derecho venezolano) es manifiesta. Frente a lo que sucede en este último, en aquél no se precisa de la insuficiencia actual y efectiva de la hipoteca, sino que basta con el racional o fundado temor de dicha insuficiencia; es decir, que a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, en el que no es suficiente con la simple disminución de la garantía hipotecaria (consecuencia del deterioro de la cosa gravada), pues se requiere, además, que la disminución sea de magnitud suficiente como para ocasionar la insuficiencia de aquélla, en el ordenamiento español el mero debilitamiento de la hipoteca permite al acreedor acogerse al mecanismo de protección por más que no se acredite la insuficiencia de la garantía, ya que a tal efecto basta con que resulte fundado «el temor de que sea insuficiente la hipoteca». Ahora bien: una cosa es el temor de insuficiencia, por muy fundado que sea, y otra la insuficiencia misma, pues en base al primero el acreedor puede

(90) GUILARTE ZAPATERO: *La segunda hipoteca en el Derecho español*. Barcelona, 1966, pág. 178.

actuar aunque la garantía hipotecaria le brinde todavía adecuada seguridad, si cree con fundamento que tal seguridad le puede llegar a faltar (insuficiencia potencial), mientras que, en razón de la segunda, el acreedor queda circunscrito en su actuación al caso de efectiva falta de seguridad de su derecho (insuficiencia actual). Es más: el régimen español parecería orientado de manera fundamental a proteger a los acreedores hipotecarios contra el peligro de que la hipoteca llegue a resultar escasa (aunque *a fortiori* se aplicará también cuando tal peligro se haya materializado), contrastando con lo que ocurre en los regímenes que siguen el modelo francés, en los que la tutela del acreedor tan sólo tiene lugar cuando el mismo esté sufriendo los rigores de la sobrevenida insuficiencia.

Prueba de lo dicho la encontramos en que el transcrito artículo 117 de la Ley Hipotecaria española ordena al juez, cuando se dé el supuesto de hecho por el mismo previsto, dictar providencia «mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para *evitar* o remediar el daño». En efecto, habida cuenta de que el «daño» a que se refiere el precepto hace relación a la garantía hipotecaria (y no a la cosa gravada, con la que se relaciona la idea de deterioro), y que procede tomar medidas no sólo para remediarlo, sino incluso para evitarlo, es evidente que en el sistema hispano el acreedor se encuentra protegido aunque la garantía hipotecaria no haya determinado todavía su insuficiencia (por lo demás, contra el parecer de ROCA SASTRE, creemos que no hay obstáculo alguno; antes bien, conveniencia, y aun necesidad, para que entre las medidas a adoptarse se incluya la de que el propietario dé un suplemento de hipoteca) (91).

Sólo se puede evitar lo que no se ha producido todavía, y, en consecuencia, cuando la Ley española permite actuar aunque el daño no se haya materializado está admitiendo también que, de acuerdo al sistema instaurado por la misma, no hace falta necesariamente que la garantía hipotecaria no alcance a cubrir el derecho del acreedor o que se haya roto la primitiva proporción entre el crédito y el valor de la cosa gravada, sino que basta con que aquélla haya experimentado disminución, siempre, claro está, que tal disminución sea apta para justificar el temor de que la hipoteca llegue a ser insuficiente. La exactitud de estas aseveraciones se refuerza si se tiene en cuenta que el «daño» a evitar o remediar de que habla el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española debe referirse por necesidad a la insuficiencia de la garantía hipotecaria, única forma de que pueda hablarse con propiedad de prevenir o evitar, pues el daño (deterioro) a la finca hipotecada y el daño obje-

(91) ROCA SASTRE, ob. cit., IV-2.º, pág. 954.

tivo a la garantía (disminución de la misma) deben ser actuales para que pueda ejercitarse la acción de devastación, y si imprescindiblemente se deben haber producido ya (en cuanto constituyen parte del supuesto de hecho del mencionado artículo), podrán remediarse o repararse, pero nunca prevenirse o evitarse (el artículo en cuestión presupone que la finca hipotecada se haya deteriorado, disminuyendo el valor).

¿Cuál de los dos sistemas en contraste es preferible? MORENO QUESADA cree que la solución a acogerse deberá estar en función de la naturaleza que se atribuya a la acción de devastación: si ésta tiene una finalidad conservativa de la cosa o bien conservativa de la garantía; la primera actitud encontraría su respaldo en la presunta voluntad de las partes, que han querido establecer como garantía precisamente toda, aunque sólo la cosa, por lo que cualquier alteración en la misma debe ser evitada, con independencia de que afecte o no, y en qué medida, el desempeño de su finalidad garantizadora; en cambio, si se atiende a su función objetiva de garantía, la conservación habrá que referirla primordialmente a ésta y no a la cosa que la sirve, por lo que la integridad y el valor de ésta sólo repercutirá en aquélla cuando la haga insuficiente, cuando su valor de realización no alcance a cubrir el importe de lo garantizado. El es de la opinión que la acción de devastación constituye un remedio destinado a conservar la integridad material de la finca hipotecada; en efecto, estima que la defensa del crédito hipotecario está integrada por los medios tendentes a proteger cada uno de los tres elementos que lo forman: el crédito garantizado, la garantía (real) del crédito y la cosa que sirve de garantía: «Cada uno de estos elementos —escribe—, lo mismo que conceptualmente pueden diferenciarse, deberán serlo también en cuanto a los medios de defensa: 1) el crédito con los que son habituales en todos y con los específicos que se derivan de serlo con garantía real (p. ej., art. 1129, 3.º del C. c. español); 2) la garantía por los aptos para mantener su suficiencia para el fin aseguratorio (tal, p. cj., frente a los llamados deterioros jurídicos—art. 219, 3.º del Regl. Hip.—que afectan a la cosa en cuanto garantía, pero que no necesariamente han de repercutir sobre su integridad material), y 3) la cosa, con los tendentes a mantenerla en el estado en que se encontraba en el momento de adscribirse a la garantía del crédito, pues su conservación en aquellas condiciones, su incolumidad, es lo que se comprometió por su titular con esos fines de aseguramiento (tal la acción de devastación del art. 117 de la L. H.) (92).

No estamos de acuerdo con estos planteamientos. El derecho real de hipoteca es un derecho de vinculación y realización del valor en

(92) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 569-570.

cambio de la cosa gravada en función de garantía del cumplimiento de la obligación garantida, y, por tanto, aunque su objeto sea la cosa misma, las acciones al mismo otorgadas por la ley deben contemplar de manera fundamental esa función de garantía, esa finalidad de aseguramiento que a la hipoteca caracteriza y da fisonomía. No creemos, pues, que la llamada acción de devastación tenga por fin la conservación de la cosa, sino la conservación de la garantía, por más que, como es natural, para cuidar de manera adecuada a ésta haya de tenerse presente en todo momento el estado físico de aquélla en cuanto constituye el soporte u objeto material de la garantía; lo contrario equivaldría a tener que admitir que constituyendo la hipoteca una garantía la acción que la tutela puede actuarse cuando se haya dañado la cosa gravada, aunque semejante daño no haga insuficiente la garantía. Esto, que es lo que sanciona el ordenamiento español (solución con la que se identifica MORENO QUESADA), constituye, desde el punto de vista dogmático, algo inaceptable, pues dada la función que tiene y cumple el derecho real de hipoteca es evidente que el acreedor garantizado no debe estar legitimado para actuar mientras el bien objeto de la garantía continúe siendo suficiente para satisfacer su derecho (en el sentido que antes se ha advertido de que debe respetarse el margen de exceso, del valor de la cosa en relación al crédito, querido por las partes), supuesto en el que la garantía hipotecaria no ha sufrido verdadero y propio quebranto y que, por ende, no amerita protección.

En efecto, cuando la cosa gravada se deteriora y la garantía disminuye, pero sin resultar insuficiente, el derecho del acreedor, su seguridad o garantía, no ha resultado dañado, y si no hay daño no debe poder actuar, ya que su posición jurídica no ha sido afectada. Si se admite, como hace el Derecho español, que en tal caso el acreedor puede intervenir para evitar el daño (la insuficiencia), necesariamente la acción deja de hacer referencia a la garantía hipotecaria y pasa a referirse a la cosa gravada, con lo que se la desenfoca y, en buena medida, se la desnaturaliza. Frente a lo que piensa MORENO QUESADA, en la entidad crédito hipotecario no entran tres elementos (crédito, garantía y cosa), sino tan sólo dos (el crédito y su garantía real), y, por tanto, su defensa se circunscribe a otorgar al acreedor hipotecario tutela adecuada en orden a lo único que le corresponde: el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca. La cosa constituye el soporte u objeto de la garantía (no sirve de garantía, como incorrectamente dice el autor señalado), y sus alteraciones físicas y disminuciones de valor serán de todo punto intrascendentes (en el plano teórico, se entiende) para la

hipoteca en tanto no revistan entidad relevante como para afectar su función, esto es, en tanto en cuanto no determinen la insuficiencia de la garantía hipotecaria, único caso en que la garantía deja de ser tal.

La acción con que cuenta el acreedor hipotecario es una acción orientada a la conservación de la garantía que le pertenece; del hecho de que el objeto de esta garantía, en cuanto constituye un derecho real, consista en una cosa no puede derivarse que le corresponda, asimismo, acción destinada a conservar la integridad material de la misma, porque ello equivaldría a cambiar la función y finalidad de su derecho. Sólo cuando la garantía resulte afectada en sí misma, es decir, cuando se haga insuficiente y deje de ser «garantía», podrá el acreedor demandar protección; antes, por más que la cosa haya resultado menoscabada, su situación jurídica se mantiene incólume.

En atención a lo que se ha expuesto es evidente que para nosotros, desde el punto de vista de los principios, de la naturaleza y función de la hipoteca y de la recta conformación de la tutela que precisa el acreedor hipotecario, es más correcto el régimen instaurado por el Código francés, y seguido por el venezolano, entre otros, de que la conservación de la garantía hipotecaria sólo procede cuando la misma se haya vuelto insuficiente para la satisfacción del crédito asegurado. El sistema establecido por la Ley Hipotecaria española de permitir actuar al acreedor cuando la insuficiencia o escasez de la garantía todavía no se haya producido, y al objeto de evitarla, tropieza con obstáculos que teóricamente son insalvables.

En efecto, la defensa de la garantía hipotecaria puede contemplarse en dos momentos distintos: cuando la cosa objeto de la misma no ha sufrido todavía deterioro y cuando éste ya se ha producido; en el primer caso, el ordenamiento jurídico busca evitar el perjuicio de la garantía (recurso preventivo); en el segundo, subsanar el perjuicio ya acaecido (recurso reparatorio). Pues bien: cuando el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española subordina la acción del acreedor al deterioro de la cosa, es obvio que no está contemplando la protección del mismo en la primera de las situaciones señaladas, sino en la segunda, y si contempla esta segunda, la protección correspondiente sólo será procedente, según se ha desarrollado con anterioridad, cuando la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que es esta la única hipótesis en que tiene sentido y justificación la tutela de la garantía disminuida.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil venezolano (igual que los preceptos extranjeros que le sirvieron de modelo) está subordinada al hecho de que la garantía hipotecaria haya resultado insuficiente.

Ahora bien: semejante insuficiencia, ¿deberá ser necesariamente sobrevenida, o permitirá actuar también cuando ya se diese para el momento de la constitución de las garantías?

De la letra de los artículos que recogen la figura parece no derivarse duda alguna acerca de que la insuficiencia debe ser posterior al nacimiento de la hipoteca; asimismo, la *ratio* de los preceptos inclina por necesidad en esta dirección. Como tantas veces se ha repetido, la normativa en estudio persigue la protección del acreedor hipotecario ante la circunstancia de que ha experimentado un debilitamiento en la seguridad de su derecho, y es explicable que así sea, porque ¿sería razonable que la ley acudiese en auxilio de quien habiéndose conformado *ab initio* con una hipoteca insuficiente decida con posterioridad rebelarse contra la situación que él ayudó a generar y aceptó quietamente? ¿Es justo que quien, habiendo aceptado del deudor una garantía real que no le brinda entera seguridad, sorprenda después a éste con el reclamo de la insuficiencia? Evidentes razones de justicia, convenientes motivos de prevenir la actuación dolosa del acreedor, imponen que la falta de suficiencia de la garantía hipotecaria debe surgir con posterioridad al instante en que fue constituida, como una incidencia sobrevenida en su existencia.

En este punto la doctrina se ha pronunciado siempre en forma unánime: En el artículo 2131 (del Código francés) el legislador supone que en el momento de la convención el deudor ha dado bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero que esta garantía ha resultado insuficiente, ya porque los bienes hipotecados han perecido, ya porque han experimentado degradaciones (TROPLONG) (93); los acreedores hipotecarios sólo pueden reclamar cuando la insuficiencia de la garantía surge después de la constitución de su hipoteca: de acuerdo al artículo 2131 no hay ninguna inejecución del compromiso del deudor mientras los bienes permanezcan en el mismo estado en que se hallaban al crearse la hipoteca; es en este momento cuando el acreedor debe considerar la entidad de las seguridades que estima necesarias (GUILLOUARD) (94); el acreedor no será admitido a invocar la disposición del artículo 2131, bajo el pretexto de la insuficiencia de las garantías hipotecarias, si esta insuficiencia ya existía en el momento de la constitución de la hipoteca (AUBRY y RAU) (95); hace falta que las seguridades reales devengan insuficientes después de la formación del contrato hipotecario: si en el origen se acepta una hipoteca sobre un

(93) TROPLONG, ob. cit., II, 385.

(94) GUILLOUARD, ob. cit., III, pág. 494.

(95) AUBRY y RAU, ob. cit., III, pág. 589.

inmueble cuyo valor es inferior al monto de la acreencia para cuya seguridad ha sido estipulada, nada se puede reclamar, pues la situación ha quedado conformada tal como se quiso que fuese (PONT) (96); se precisa que las garantías se hagan insuficientes después de la perfección del contrato hipotecario: si eran insuficientes para el momento de la constitución de la hipoteca, el acreedor no podrá invocar ni el artículo 1188 ni el artículo 2131, pues a nadie sino a sí mismo debe inculpar de la insuficiencia de las garantías estipuladas; lo contrario equivaldría a poner en sus manos un arma para disolver un contrato libremente consentido o para modificar sus cláusulas; si fue engañado, si creyó que las garantías eran suficientes, cuando en realidad eran insuficientes, a él corresponde soportar las consecuencias de su negligencia, pues le era fácil informarse sobre el valor exacto de los inmuebles ofrecidos en garantía (BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES) (97); con más razón, el acreedor no tiene acción cuando la insuficiencia existía ya cuando el contrato; el texto es tan terminante, que parece que toda duda es imposible; es necesario, según el artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga, que los inmuebles hayan sufrido deterioros, y no se puede seguramente decir que unos inmuebles ya deteriorados en el momento del gravamen hipotecario sufren después deterioros; la ley agrega que a consecuencia de estos deterioros los inmuebles se hayan vuelto insuficientes para la seguridad del acreedor, lo que implica que la causa debe ser posterior al contrato; si el acreedor se conforma con una hipoteca insuficiente, ¿de qué puede quejarse?, ¿de una insuficiencia que conocía?, ¿que debió conocer?; ello no tiene sentido (LAURENT) (98); es preciso que las garantías primitivas se hayan hecho insuficientes con posterioridad a la constitución de la hipoteca; el artículo 2131 no es aplicable al caso en que la garantía hipotecaria era ya insuficiencia al tiempo del contrato (PLANIOL y RIPERT) (99), etc.

A esta uniformidad de pareceres entre los autores franceses debió contribuir en buena medida una célebre sentencia de la Corte de Riom, de 24 de agosto de 1810, que suscitó agudas críticas por parte de los primeros comentaristas galos que se ocuparon del tema en consideración. El caso en el que se dictó la sentencia aludida fue el siguiente: Dos deudores se obligaron solidariamente con hipoteca sobre ciertos inmuebles que estaban ya hipotecados a otros acreedores, pero que los deudores no habían dado como libres, de manera que no había estelionato, sino simplemente disimulación; practicada la inscripción, el

(96) PONT, ob. cit., II, págs. 88-89.

(97) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, pág. 491.

(98) LAURENT, ob. cit., pág. 509.

(99) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

acreedor considera que el hecho de estar precedido por otros no le va a permitir concurrir en grado útil y cree poder demandar su reembolso al instante invocando los artículos 1188 y 2131 del Código civil. Los deudores responden que según estos artículos el acreedor no puede demandar el reembolso antes del vencimiento del plazo sino en dos casos: 1) si el deudor fallece, 2) cuando, después del contrato, el deudor ha disminuido con sus actos las cautelas dadas o los inmuebles han perecido o han sufrido deterioros que los hacen insuficientes para la seguridad del acreedor; añadían que en el caso en litigio no puede alegarse que el acreedor conoció después de la celebración del contrato que las seguridades eran insuficientes, pues el mismo debió aceptar si conocía tal insuficiencia, y si no la conocía tomar las precauciones adecuadas para conocerla. Si se ha conformado con garantías que no eran bastantes no puede por este solo motivo pedir el pago cuando venga a descubrir su error.

Pues bien: la sentencia del Tribunal de Riom no concedió el reembolso «en atención a que habiendo el Código civil establecido los casos en que se puede demandar el reembolso, y no hallándose el actor en ninguno de ellos, su demanda a tal respecto está mal fundada». Apelada esta sentencia, es revocada en los siguientes términos por la Corte de Riom: «Considerando la insuficiencia, cuando menos, muy aparente de la hipoteca, y que los intimados convinieron en dar una garantía bastante para la seguridad del crédito; considerando que dichos intimados no ofrecen algún suplemento de hipoteca, se declara que se ha juzgado malamente...» (100).

Impugnando este fallo, DURANTON señalaba que del mismo surgía la doctrina de que si en razón de la poca importancia del valor de los bienes hipotecados las cautelas resultaban insuficientes, el acreedor podía exigir al instante su reembolso, lo que, en opinión del gran comentarista, constituía un contrariar las estipulaciones del contrato; en su sentir, la decisión de la Corte de Riom ordenó el reembolso fuera de los casos previstos por el Código, y, en consecuencia, violó las estipulaciones del contrato (101).

Por su parte, PONT también estimaba que la decisión fue manifiestamente errónea, ya que cuando la insuficiencia es descubierta por el acreedor después de la formación del contrato, él debe soportar el hecho de que la insuficiencia ya existiera para el momento en que el contrato se concluyó, por lo que se le debe negar todo recurso. El pensamiento contrario que parece derivarse de la sentencia atacada, con-

(100) DURANTON, ob. cit., X, págs. 362-363.

(101) Ibid., pág. 363.

sidera PONT, está excluido por los términos mismos del artículo 2131, que habla de que los inmuebles sujetos a hipoteca hubiesen perecido o experimentado degradaciones de manera que se hubieran vuelto insuficientes, lo que indica claramente que la condición a que está subordinado el ejercicio de la acción ofrecida al acreedor es la insuficiencia sobrevenida después de la formación del contrato hipotecario (102).

Y es claro que así sea. Cuando en el momento de su constitución la garantía hipotecaria ya es insuficiente puede ocurrir que el acreedor conozca esta circunstancia o que la ignore; en el primer caso, el hecho mismo de que se concluya el contrato hipotecario constituye manifestación inequívoca e insoslayable de que el acreedor acepta una garantía real que no alcanza a cubrir adecuadamente su derecho, y, por tanto, cualquier reclamación futura con base a algo que conoció y admitió le debe ser negada aunque sólo fuera en virtud del respeto debido a la *lex contractus* y del principio de que nadie puede ir en forma válida contra sus propios actos; en el segundo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el desconocimiento de la insuficiencia inicial debe ser tratado de la misma manera que la acaecida con posterioridad, esta impresión se desvanece fácilmente si se tiene en cuenta que en materia hipotecaria la publicidad que le es ínsita y lo fácil que resulta averiguar el valor aproximado de los inmuebles y, por ende, su capacidad de cobertura crediticia, hacen que cualquier ignorancia al respecto por parte del acreedor a él tan sólo sea imputable y no sea posible desviarla en perjuicio del deudor. En consecuencia, sólo la insuficiencia sobrevenida después de la constitución de la garantía hipotecaria legitimará al acreedor para poner en funcionamiento el mecanismo de tuición instaurado por el artículo 1894 del Código civil.

A esta conclusión debe arribarse no sólo porque así lo exige la interpretación racional y el texto mismo del precepto, sino también porque admitir lo contrario supondría una contradicción neta con los presupuestos de él. En efecto, tal como se ha tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la aplicación del artículo 1894 está subordinada al hecho de que la disminución de la garantía sea consecuencia del daño o deterioro (de uno u otro tipo) experimentado por la cosa hipotecada; ahora bien, si se considerase que hay que tomar en cuenta también la insuficiencia hipotecaria inicial, ello no cambiaría el supuesto de hecho del artículo 1894, por lo que de manera necesaria habría que considerar que semejante acaecer se debe haber producido por el menoscabo de la cosa gravada. Esto nos llevaría a tener que aceptar también que una garantía se puede disminuir antes de nacer y que

(102) PONT, ob. cit., II, pág. 89.

tal disminución se ha ocasionado por la degradación de una cosa que todavía no está gravada, que todavía no constituye el objeto del derecho real de hipoteca: sencillamente una *contradictio in terminis*. La estructura del precepto impone de manera ineluctable que en cuanto la insuficiencia de la garantía debe ser fruto del deterioro sufrido por el bien por ella gravado, sólo cabe tomar en consideración aquella insuficiencia que se ha producido tras la constitución de la hipoteca, so pena de incurrir en el absurdo de que una garantía puede verse afectada, en lo que respecta a su suficiencia o insuficiencia, por hechos ocurridos con anterioridad a su nacimiento jurídico.

La insuficiencia de la garantía debe ser, pues, sobrevenida para que el acreedor hipotecario pueda acogerse al régimen previsto en el artículo 1894 del Código civil; la ley contempla, en efecto, la hipótesis de que siendo suficientes los bienes hipotecados en el momento de la constitución de la garantía se hacen después insuficientes por razón del deterioro sufrido. Pero puede suceder que siendo *ab initio* inadecuada la garantía, con posterioridad, en virtud de los daños experimentados por la cosa, el margen existente entre el crédito y el valor de ésta se aumenta, esto es, la insuficiencia se haga mayor y más palmaria; ¿podrá en esta hipótesis acudir el acreedor hipotecario a los remedios que brinda el artículo 1894 en estudio? La doctrina no se ha planteado esta situación.

A nosotros la contestación afirmativa nos parece lógica y justa. El hecho de que un acreedor acepte una garantía insuficiente no significa, ni mucho menos, que al mismo le sea indiferente el valor de la cosa y que no tenga interés en que la debilidad relativa de su garantía se mantenga en los mismos términos que se dieron en su nacimiento. Rectamente miradas las cosas, si el acreedor puede acogerse al artículo 1894 cuando la garantía otrora suficiente devino insuficiente, no se ve cuál pueda ser la razón que excluya similar actuación cuando lo único que ha ocurrido es la agravación de una insuficiencia inicial; la letra de la ley sin duda que contempla tan sólo la primera hipótesis, que es la normal y más importante; pero tampoco puede caber duda alguna de que los motivos que la fundamentan se dan en forma por completo similar en la segunda. Es más: ni siquiera hace falta para esta inclusión recurrir a la ayuda de la analogía, ya que en cuanto la norma tiene por finalidad la protección del acreedor contra las disminuciones que experimente en sus garantías, es claro que en la *mens legis* se incluyan tanto uno como otro supuesto, por lo que la simple interpretación extensiva representará la fórmula legal a los exactos términos en que debe ser entendida y aplicada.

Obsérvese, por otra parte, que esto se armoniza perfectamente con lo que antes se señalaba a propósito de la forma en que ha de manejarse el requisito de la insuficiencia, y, en cierta medida, constituye su desarrollo lógico. Se decía que para la aplicación del artículo 1894 del Código civil no hace falta que la insuficiencia sea absoluta, sino que basta con que entre el valor de la cosa dada en garantía y el importe del crédito garantizado se haya roto la proporción o margen, que las partes quisieron o impusieron, por causa del deterioro sufrido por el bien hipotecado; mas si esto es así, ¿no es del todo natural que proceda idéntica solución cuando por una agravación de la insuficiencia se ha roto asimismo la proporción que originariamente existía entre el crédito y una garantía que no alcanzaba a cubrirlo? Si al acreedor hipotecario se le concede acción cuando tan sólo ha tenido lugar la desaparición del margen de exceso a su favor existente, con mayor razón se le debe permitir actuar cuando el desequilibrio se presenta dentro de una situación de insuficiencia originaria, porque sin duda su condición en ésta es más grave y digna de tutela que en aquélla.

Consideramos, en definitiva, que por la circunstancia de que el mecanismo en estudio exija para su actuación que la garantía se haya hecho insuficiente cuando en su origen era suficiente, no cabe derivar que si para el momento de su constitución ya era inadecuada el acreedor carezca de protección caso de que esta situación se agrave o acreciente, porque una cosa es que la insuficiencia no deba tomarse en consideración cuando la garantía ya lo era al tiempo de su establecimiento, y otra muy diferente, y en forma alguna deducible del sentido y fin del precepto, que la posterior agravación de la misma sea intrascendente para el acreedor. A fin de cuenta, si el artículo 1894 encuentra su justificación última en la consideración de que el acreedor no habría contratado en base a una hipoteca como la que resulta tras la disminución de la primitiva, es evidente que lo mismo sucede cuando una hipoteca insuficiente en su origen aumenta la insuficiencia por deterioros posteriores a su constitución; tampoco aquí el contrato habría tenido lugar. El precepto en cuestión lo único que prohíbe es que en base a la insuficiencia existente para el momento de la conclusión del contrato hipotecario el acreedor pueda actuar, pero no excluye, ni podría excluir, la posibilidad de actuación en base a un debilitamiento futuro de la garantía que ya era inadecuada cuando fue constituida; sostener lo contrario debería implicar, para ser consecuentes con el hecho de que lo que es en sustancia igual se trata jurídicamente en forma diferente, que se adopta la postura de negar que sea posible crear

una hipoteca que ya en el momento de su nacimiento resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, y esto no es fácil que alguien se atreva a patrocinar.

Como señalábamos, la doctrina científica no se ha planteado este punto de la agravación de la insuficiencia, quizá por un respeto excesivo en la literalidad de la norma que en forma expresa tan sólo contempla la hipótesis de garantía bastante; únicamente en LAURENT se encuentra una referencia indirecta, que permite, no obstante, llegar a la misma conclusión que más arriba se ha defendido. El gran clásico belga critica la célebre decisión de la Corte de Riom, por haber resuelto que «el acreedor podía exigir el reembolso por falta de suficiente seguridad en un caso en que esta insuficiencia existía desde el principio y que no había aumentado durante el contrato» (103); de lo que resulta que, en su opinión, el reembolso ordenado hubiera sido precedente no sólo cuando la insuficiencia no existiese en el comienzo de la vida hipotecaria, también cuando la insuficiencia inicial de la garantía se hubiese aumentado a lo largo de las vicisitudes del contrato de hipoteca.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere, finalmente, que la insuficiencia de la garantía hipotecaria haya tenido lugar antes del vencimiento del plazo a que estuviese sometida la obligación asegurada. El mecanismo de defensa en estudio permite al acreedor exigir el cumplimiento inmediato de la obligación caso de no obtener un adecuado suplemento de hipoteca, por lo que resulta evidente que su operabilidad sólo tiene sentido cuando el término aún no se ha vencido. Tras el vencimiento del plazo, el deudor no tiene más que un solo deber: ejecutar la prestación prometida, y, desde luego, no está facultado para evitar semejante consecuencia mediante el ofrecimiento de un complemento hipotecario o de nuevas garantías; él no puede constreñir al acreedor a que acepte la garantía complementaria que le ofrece para paliar la insuficiencia de la primitivamente otorgada. En el supuesto de vencimiento previo del plazo o de obligación no sometida a término, el hecho de que exista garantía hipotecaria y la circunstancia de que ésta se haya debilitado son por completo intrascendentes e inocuos; tal situación no incide en nada sobre la inmediata e indetenible exigibilidad de la deuda, tal como ocurre cuando no existe garantía alguna de la misma; por tanto, una vez exigible la deuda hipotecaria, si el deudor se niega a satisfacerla, el acreedor podrá perseguir el cumplimiento por todas las vías de Derecho, y mediante la obtención de la oportuna sen-

(103) LAURENT, ob. cit., XXX, pág. 509.

tencia condenatoria vendrá dotado al respecto de la garantía de una hipoteca judicial (104).

En vista a esto se observará que cuando el artículo 1894 del Código civil venezolano dispone que el acreedor, caso de no obtener suplemento de hipoteca, tendrá derecho al pago de su acreencia, «aunque el plazo no esté vencido», queriendo aclarar los términos con esta locución, incurre en un flagrante e imperdonable error e incluso, si el dispositivo legal fuera a entenderse de acuerdo a su tenor literal y lógica interna, conduce al absurdo.

En efecto, la admisión a la letra de la antedicha expresión daría lugar a las siguientes consecuencias: a) si el deudor puede diferir el pago ofreciendo al acreedor su suplemento de hipoteca, *aunque el plazo no esté vencido*, ello significa que de análoga facultad debería gozar el obligado cuando el vencimiento se haya producido ya y tenga lugar la insuficiencia de la garantía hipotecaria, lo que, a no dudar, constituye algo inaceptable; b) el acreedor, vencido el plazo, necesita, si la hipoteca se ha hecho insuficiente, reclamar un complemento de la misma para poder exigir al deudor el cumplimiento de la obligación garantizada, cosa por demás extravagante, y c) como natural colofón, la situación del acreedor a cuyo favor exista hipoteca es peor que la del acreedor sin garantía en lo que respecta a la exigibilidad de su crédito, circunstancia carente por completo de sentido, pues la existencia o no del gravamen hipotecario para nada incide en el cumplimiento de las obligaciones.

El aditamento en cuestión, que no aparece en los correspondientes artículos de los Códigos francés e italiano que sirvieron de modelo, introduce un elemento de confusión y anarquía en el mecanismo previsto en el artículo 1894 e incluso, como se acaba de ver, podría suponer la invalidación del mismo si se entendiera y llevara hasta sus últimas consecuencias, porque es inadmisibles que en base a él haya que aceptar que, vencida una obligación, pueda en alguna forma el deudor detener o diferir su cumplimiento. Por ello no es que, acaecida la insuficiencia de la hipoteca, pueda el acreedor exigir el pago, *aunque* el plazo no esté vencido, sino *siempre* o *cundo* el plazo no esté vencido, porque si está vencido es obvio que de manera alguna, si no se quiere trastocar principios básicos de la teoría general de las obligaciones, puede entrar a jugar el régimen establecido por el precepto en consideración. Mas como esto último es evidente y se impone por la fuerza misma de la

(104) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, pág. 487; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

realidad de las cosas, no hace falta decirlo; en consecuencia, la locución aludida, aun en este último sentido, es innecesaria, improcedente y reiterante.

Podría también considerarse que cuando se produce la insuficiencia de la garantía hipotecaria en la forma prevista por el artículo 1894 del Código, la ley, al objeto de tutelar al acreedor, dispone el vencimiento del término, pero aunque se aceptara esta interpretación continuaría siendo evidente que el debilitamiento de la hipoteca debe haberse producido antes que la deuda garantizada se haya hecho exigible (ya que si el plazo se ha vencido en forma natural no hay necesidad de recurrir a un ficticio vencimiento *ex lege*) y que la expresión *aunque el plazo no esté vencido*, con que se cierra el referido precepto, es conflictiva e innecesaria, pues estaría en contradicción con el punto de partida mismo de esta forma de enfocar el mecanismo que se considera. La realidad es que cuando la ley permite reclamar el cumplimiento de una obligación con plazo pendiente debe considerarse necesariamente que la propia norma ha provocado la consumación del término (caducencia del término), porque si no nos encontraríamos con el absurdo de que un derecho de crédito es reclamable no obstante no ser exigible, y, en consecuencia, de acuerdo a estas consideraciones de lógica jurídica elemental, es palmario que la locución *aunque el plazo no esté vencido* supone una contradicción y es inútil (cuando una obligación a término se puede exigir es porque el plazo, natural o legalmente, se ha vencido). Ello nos patentiza, asimismo, por otro camino, que de manera necesaria la actuación del artículo 1894 precisa que la insuficiencia de la garantía acaezca antes del vencimiento natural de la obligación asegurada, pues es tal circunstancia la que anticipa el momento de la exigibilidad del crédito, mientras que este efecto carece de sentido cuando la acreencia es ya susceptible de realización por desaparición normal del plazo; aparte de que en esta última hipótesis el ejercicio del derecho del acreedor no cabe someterlo a ninguna condición (como sería el reclamo previo de un suplemento de hipoteca), pues la ley no le está concediendo beneficio ni favor de clase alguna.

Finalmente, el determinar y saber si la garantía hipotecaria se ha hecho insuficiente constituye una cuestión de puro hecho, y, por tanto, caso de que no exista acuerdo al respecto entre las partes interesadas, deberá recurrirse a una experticia, al objeto de que los peritos procedan a evaluar el bien hipotecado, y el juez decidirá en consecuencia.

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES,

Profesor de las Universidades Central de Venezuela
y Católica "Andrés Bello" (Caracas)

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Régimen económico-conyugal de hecho y sanción por matrimonio irregular

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 1970

1.—LOS ANTECEDENTES DEL CASO

El demandante y la demandada habían contraído matrimonio el día 28 de septiembre de 1956. Este matrimonio se contrajo sin haber recabado el esposo, mayor de edad, el consejo paterno que, cuando las nupcias se celebraron, exigía el artículo 45 del Código civil, según la redacción que dicho precepto tenía con anterioridad a la reforma introducida en dicho cuerpo legal por la Ley de 24 de abril de 1958.

Al parecer, al poco tiempo de casados surgieron entre los cónyuges determinadas desavenencias que databan de los años 1958 y 1959. Se siguió, como consecuencia de ellas, una causa canónica de separación, y el Tribunal eclesiástico dictó en ella sentencia, en 9 de enero de 1962, concediendo a la esposa la separación por tiempo indefinido por causa de sevicias y al marido la separación perpetua por causa de adulterio y la indefinida por causa de sevicias.

Firme la mencionada sentencia, solicitó el marido ante el Juzgado de Primera Instancia la separación de bienes de los cónyuges, como trámite previo a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, casi un año después, promovió un incidente de previo y especial pronunciamiento, solicitando en él que se dictara sentencia declarando que el matrimonio se había contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes y que, por consiguiente, no había existido nunca sociedad de gananciales, ni había que proceder a la disolución de la misma. Esta demanda incidental no prosperó por inadecuación del procedimiento y el marido reiteró su pretensión en autos de juicio declarativo de mayor cuantía.

La tesis del marido consistía fundamentalmente en sostener que el matrimonio se había contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 45 y 50 del Código civil, de acuerdo con la redacción que ambos tenían con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958. Así lo había entendido él, según decía, desde hacía tiempo, pues con ocasión de la compra ante notario, en el año 1959, de unos pisos, en la escritura pública había hecho constar la existencia del régimen de separación de bienes por falta del consejo paterno en el matrimonio, lo cual se acreditó con una certificación del notario eclesiástico visada por el provisor. Todo ello bastó para que la adquisición fuera inscrita como bien privativo del marido en el Registro de la Propiedad. Alegaba finalmente el marido que la solicitud de liquidación y disolución de la sociedad de gananciales, presentada en 1962, obedecía a un error, que no le era imputable a él. La esposa, en cambio, sostenía la existencia de sociedad de gananciales y alegaba, además, que el marido lo tenía reconocido así. Pedía, por ello, que se desestimara la demanda y formulaba, además, reconvención reclamando alimentos a cargo del caudal común, en tanto se procedía a la liquidación del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando, en cambio, la reconvención. La Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia apelada, desestimó la demanda y acogió parcialmente la reconvención, condenando al marido a entregar a la mujer 15.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos, a cargo del caudal común en tanto se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Interpuso recurso de casación el marido. El motivo primero del recurso alegaba la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba. A juicio del recurrente, la primera copia de la escritura pública de compra de pisos y la certificación del Registro de la Propiedad acreditaban que, por lo menos desde 1959, el marido había entendido contraído el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Los tres motivos restantes alegaban infracción de ley por violación, entre otros preceptos, de los artículos 3.º, 54, 50 y 143 del Código civil.

2.—LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y como fundamento de su fallo consignó los siguientes considerandos:

1.º La sentencia recurrida, reconociendo que el matrimonio de los que aquí contienen se celebró el día 28 de septiembre de 1956, sin haber solicitado el marido el consejo paterno, y que, por tanto, se incurrió en la sanción impuesta por la legislación civil vigente en aquel en-

tonces, de entenderse contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, al propio tiempo, declara probado que lo contrajeron con el firme propósito de que se rigiera por el régimen legal de gananciales, y que de hecho así lo han venido haciendo, antes y después de la Ley de 24 de abril de 1958, sin haber establecido la separación de bienes que se solicita por el esposo con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, afirmación fáctica que se ataca en el primer motivo del recurso, articulado por la vía del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, sosteniéndose en el mismo que el régimen patrimonial del matrimonio, observado de hecho por los cónyuges, ha sido el de separación de bienes, y, para demostrarlo se aducen, como documentos auténticos, la escritura pública y certificaciones del Registro de la Propiedad obrantes a los folios 75 y siguientes y 107 y siguientes de los autos, según las cuales, el actor, al adquirir dos pisos en esta capital, mediante sendas escrituras públicas otorgadas el 26 de septiembre de 1959, hizo constar en las mismas que se había casado con la hoy recurrida «bajo régimen de separación absoluta de bienes en virtud de los artículos 45 y 50 del Código civil en su anterior redacción», y habiendo acreditado que en el expediente matrimonial no constaba que hubiese solicitado el consejo paterno, logró que esas transmisiones se inscribieran a su nombre en el Registro de la Propiedad, motivo que debe ser desestimado, toda vez que esas probanzas no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, pues siendo expresión y reflejo de una actuación unilateral del propio actor, llevada a cabo después de surgidas las desavenencias matrimoniales, y a espaldas de su mujer, en cuyo perjuicio pretende utilizarlas, no patentizan por sí que la Audiencia se haya equivocado al establecer la afirmación fáctica combatida, a la cual llega en virtud de las declaraciones presentadas por el demandante ante la Inspección del Impuesto sobre la Renta, y del escrito por el que inicia la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua, en el que expresamente solicita la liquidación de la sociedad de gananciales, solicitud que ratifica en escrito posterior, al pedir que se requiera a la demandada para que presente las bases de la liquidación que estime oportunas, escritos ambos que llevan fecha del año 1962.

2.º El artículo 45, número primero, y 50, número primero, del Código civil, en su anterior redacción, sancionaban al que contrajere matrimonio sin haber solicitado el consejo paterno, sometiendo a los contrayentes al régimen de absoluta separación de bienes, por lo que no cabe duda que si dicha sanción se cumplió, estableciendo los casados su régimen matrimonial de bienes en concordancia y acatamiento con lo dispuesto en el mandato legal, ese régimen de separación de bienes ha de ser el del matrimonio, pero si, como aquí acontece, el que de hecho establecieron y han venido observando los cónyuges, incluso con pos-

terioridad a la vigencia de la Ley de 24 de abril de 1958, ha sido el legal de gananciales, y se pide la aplicación de la sanción prevenida en la legislación anterior estando ya vigente la nueva legislación que ha suprimido dicha sanción, entonces, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera del Código civil, se ha de aplicar dicha ley, pues si, en el supuesto de que la falta esté sancionada en dos legislaciones, se aplicará la legislación más benigna, del mismo modo y por idéntica razón se ha de aplicar en el caso aquí controvertido la citada Ley de 24 de abril de 1958, pero es que, además, aun en la hipótesis de que este fundamento no fuese válido, se llegaría a la misma conclusión desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda y reiterada en el recurso, pues a ello obliga la buena fe, esto es, las normas que la lealtad a la propia conducta y el sentido de justicia natural imponen, la cual es principio general en nuestro sistema jurídico, recogido en diferentes artículos del Código civil, especialmente en la esfera matrimonial en su artículo 69 y en la contractual en el 1258, a cuyas reglas se ha de acomodar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, reglas abiertamente vulneradas por el actor y hoy recurrente, que, siendo el culpable de la infracción, pide que sea sancionada, cuando la sanción ha sido suprimida, y en perjuicio de su mujer, que no cometió la falta, y a quien ni siquiera reprocha que la hubiese conocido, por todo lo cual procede rechazar los motivos segundo y tercero.

3.º Por cuanto queda razonado, acordada judicialmente la separación de bienes en ejecución de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua a efectos civiles, es visto que la Sala sentenciadora aplica correctamente el artículo 1430 del Código civil al acoger, si bien en cuantía inferior a la reclamada, la petición de alimentos deducida en vía reconvenicional por la mujer al amparo del mencionado precepto legal, sin que, por otra parte, la circunstancia de no haberse formado aún el inventario, pese a haber sido señalados a tal fin por el juez los días 1 de febrero y 17 de abril de 1963, debido al recurso y demandas interpuestas por el hoy recurrente, obste a la procedencia de aquella decisión, cuando, cual aquí acontece, consta la existencia de una masa común de bienes de consideración y que tales alimentos son un adelanto de los frutos y rentas, a deducir del haber del alimentista, decaendo en su consecuencia el cuarto y último motivo del recurso.

3.—EL PROPOSITO O VOLUNTAD NEGOCIAL TACITA CONTRA LEGEM: SILENCIO Y ERROR JURIS

Esta sentencia de 4 de mayo de 1970 ofrece algunos singulares perfiles, que la hacen digna de alguna reflexión y de algún comentario. En definitiva, en ella un régimen económico-matrimonial—la sociedad de

gananciales—se superpone a otro—el de separación de bienes—que debería haber resultado de una estricta y automática aplicación de las normas legales, en razón a que el primero lo habían establecido y venido aplicando de hecho los cónyuges. Efectivamente, la aplicación coordinada en los artículos 45 y 50 del Código civil, según la redacción que dichos preceptos poseían con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958, conducía al régimen de separación de bienes (1). De acuerdo con el artículo 45, 1.º, el matrimonio estaba prohibido al mayor de edad que no hubiera solicitado el consejo de las personas a quienes correspondía otorgarlo, y según el artículo 50, cuando, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casaren las personas comprendidas en él, el matrimonio es válido, pero se entiende contraído con absoluta separación de bienes. Ello no obstante, como decíamos, en el caso del pleito, se superpone el régimen de sociedad de gananciales y la superposición obedece—por lo menos, *prima facie*—al hecho de que los cónyuges lo habían establecido así y al hecho de que en la práctica era este régimen el que habían venido observando. Esta fundamentación jurídica de la decisión, a la que en el pleito se llega, no deja de suscitarle al comentarista alguna perplejidad. Ante todo, cabe preguntarse qué valor puede poseer una voluntad de los cónyuges de establecer un determinado régimen económico-matrimonial que no se vierta a través de los cauces formales exigidos por el ordenamiento jurídico y que, además, no posea otro carácter que el puramente tácito. Porque lo cierto es que la «voluntad negocial» de establecimiento de un régimen económico-matrimonial debe, por lo general, encauzarse a través de una escritura pública (cfr. art. 1321 C. c.), de tal manera que una «voluntad negocial» carente de solemnidad no llega a encontrar un cauce idóneo de eficacia jurídica (2). Además, una voluntad negocial simplemente tácita, es decir, manifestada *per facta concludentia*, tendría que ser posterior al matrimonio, pues estos hechos «concluyentes» sólo después del matrimonio tendrían sentido como tales. Y de algún modo supondrían

(1) La doctrina de esta sentencia se funda en la redacción de los artículos 45 y 50 del Código civil, anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, y contempla un supuesto de hecho—matrimonio de un mayor de edad sin solicitar el consejo paterno—hoy desaparecido de la ley. Aparte, sin embargo, su interés histórico y el que pueda poseer para una investigación de los mecanismos de razonamiento y de decisión, tal doctrina puede todavía proyectar hacia el futuro alguna eficacia en relación con los matrimonios prohibidos por el actual texto del artículo 45.

(2) LACRUZ BERDEJO habla de un «efecto real» de los regímenes patrimoniales. El régimen matrimonial—dice este autor—produce sus consecuencias de pleno derecho en el momento de la celebración del matrimonio. Cuando se trata de un régimen pactado en capítulos, esta eficacia especialísima de las normas estatutarias contenidas en ellos ha de atribuirse a su papel sustitutivo de las normas legales. Juegan así tales estipulaciones—concluye el autor citado—el papel de una norma delegada (LACRUZ, José Luis, y ALBALADEJO, Manuel: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963, pág. 248).

una modificación tácita del régimen legal originario, lo cual parece contrario al sistema del artículo 1322, que, en otras ocasiones, tan rígidamente ha aplicado nuestra jurisprudencia (3). Debemos confesar, pues, que una voluntad negocial no manifestada formalmente o una voluntad meramente tácita no son razón suficiente para superponer un régimen económico-matrimonial a otro legalmente establecido.

Existe todavía en este punto otro problema. Esta hipotética voluntad negocial—de la que hablamos—tendría que haber sido constitutiva de un negocio jurídico *contra legem*. Y un negocio *contra legem* tendría que ser ineficaz. Una estipulación establecida en capitulaciones matrimoniales, que supusiera una negocial implantación del régimen de gananciales, no hubiera sido eficaz frente a una separación de bienes legalmente imperativa. Todo ello parece denotar que la superposición del régimen de gananciales sobre la separación de bienes dimanante del juego de los artículos 45 y 50 del Código civil, no puede encontrar su fundamento en una real o presunta voluntad de las partes, ni tampoco en un comportamiento concluyente de las mismas, y que el fundamento real y más profundo de la decisión que comentamos hay que buscarlo por otro camino.

4.—LA IDEA DEL «REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL DE HECHO»

En la sentencia que fue objeto del recurso y en la sentencia de casación asoma de algún modo la idea de que existe una vinculación de las partes al régimen de gananciales, porque éste había sido el observado *de hecho* por los cónyuges. Convendrá en este comentario que consideremos como firme y como válida esta afirmación y que prescindamos de la posible equivocidad que parecen haber presentado los actos de los litigantes. El marido unas veces parece haber considerado el matrimonio como sometido al régimen de gananciales (v. gr., al hacer las declaraciones o someterse a las inspecciones de la contribución general sobre la renta o al demandar judicialmente la disolución y liquidación de la sociedad), mientras que otras veces había afirmado la existencia de un régimen de separación, como ocurrió cuando, sin duda mejor asesorado, al comprar notarialmente unos pisos, lo señaló así y consiguió

(3) La sentencia de 18 de noviembre de 1964 llegó a considerar incluso la regla de la inmodificabilidad de los pactos nupciales como un precepto de «orden público», para impedir la modificación convencional posterior a la adquisición de una vecindad civil distinta de la originaria.

(4) Aun cuando en la antigua doctrina existía la creencia de que el régimen matrimonial legal se adopta por los conyuges en virtud de un contrato tácito (vid. LACRUZ, ob. cit., pág. 247), esta tendencia puede hoy considerarse como plenamente superada. Por otra parte, la voluntad tácita serviría para implantar el régimen *legal*, pero no un régimen distinto del que en el caso en cuestión exige la ley.

que los bienes adquiridos se inscribieran en el Registro como bienes privativos. Prescindiendo de ello, como decía, la pregunta que hay que hacerse es si cabe hablar de un «régimen económico-matrimonial *de hecho*» y qué sentido y qué alcance puede poseer esta figura (5). A primera vista al menos, la idea de un «régimen económico-matrimonial de hecho» parece recordar a las llamadas «relaciones contractuales fácticas» (*faktische Vertragsverhältnisse*) (6). En ellas se entiende formada o nacida una relación contractual, aun sin que se produzcan las necesarias declaraciones de voluntad negocial, con tal que se haya adoptado por las partes una «conducta social típica» o cuando una relación contractual se ha mantenido sobre la base de un contrato inicial que debe *a posteriori* considerarse como nulo (p. ej., relación de sociedad de hecho, relación de trabajo de hecho), cuya existencia no puede borrarse a partir de una declaración de nulidad. Basta esta leve y esquemática enunciación para apercibirse de que la problemática de las relaciones contractuales de hecho nada tiene que ver con el problema planteado en el pleito que decide la sentencia que comentamos. No hay en él ni rastro de esa «conducta social típica» como fuente generadora de relaciones contractuales. Tampoco se da el supuesto de un contrato nulo del que ha derivado una situación fáctica. Además, aunque así fuera, la invalidez de unos capítulos arrastraría la ineficacia del régimen capitular y la aplicación del régimen legal supletorio.

Cabría pensar que este régimen «observado de hecho» produce sus efectos como una especie de «régimen putativo». Esta solución tampoco está exenta de inconvenientes. La posible eficacia de un régimen económico-matrimonial como régimen putativo carece de todo apoyo legal. Su base tendría que encontrarse en la protección otorgada a un error (*error communem facit ius*), que aquí tendría que ser un error *iuris*, en este caso muy difícilmente deslindable de la ignorancia de la ley, que no es excusa de su cumplimiento. La actuación de un hipotético «régimen putativo» tendría, además, que ponerse en conexión con la buena fe. La posible incidencia de la idea de buena fe en esta sentencia será examinada más adelante.

5.—EL CARACTER SANCIONADOR O PUNITIVO DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO CIVIL Y LA ACTUACION DE LA SANCION O PENALIDAD CIVIL

El considerando segundo de la sentencia que comentamos afirma el carácter sancionador o punitivo del artículo 50 del Código civil. En él se

(5) La figura de un «régimen económico-matrimonial de hecho» no parece tener antecedentes doctrinales. Cfr. por todos CASTÁN TOBEÑAS: *De-recho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1.º, 7.ª ed., págs. 159 y sigs. La doctrina había distinguido únicamente entre un sistema contractual o capitular y un sistema legal.

«sancionaba—dice el T. E.—al que contrajera matrimonio sin haber solicitado el consejo paterno, sometiendo a los contrayentes al régimen de absoluta separación de los bienes». La tesis es clásica y ha sido reiteradamente expuesta por la doctrina. Al comentar el artículo 50, decía MANRESA (7) que no puede el Código dejar estériles sus prescripciones, sino que ante la violación del precepto por él establecido, debe procurar el castigo y el remedio. En el artículo 50, afirma el comentarista citado, el Código establece una «pena civil, que, si en algún caso puede ser calificada como superior a la infracción, «está con esta última en notoria analogía y viene a constituir una base de garantía para el contrayente de buena fe». Constituyen estas líneas una clara exposición de la idea rectora que presidió, al parecer, la redacción del Código civil en este punto. Hay que estimar, sin embargo, que no es internamente coherente. En la hipótesis en que el comentarista—y, cabe suponer, el redactor del Código—se colocan, la norma actúa en planos y en direcciones diversas. Es una penalidad civil, pero es al mismo tiempo una medida de protección de intereses. Se procuran «el castigo y el remedio». Hay un infractor y un culpable, pero hay también un inocente, pues se habla de un «contrayente de buena fe». ¿Cómo puede explicarse todo esto? Si el artículo 50 es una sanción, parece que tiene que alcanzar por igual a ambos cónyuges y ambos tienen que ser culpables: uno será un infractor directo—el que no obtuvo la licencia o no demandó el consejo—y el otro será un cómplice o un infractor culpable de su propia omisión. Sin embargo, parece cierto que, en alguna medida, en el artículo 50 está latiendo una carga de «remedio» y una base de «garantía para el contrayente de buena fe».

Desde otro punto de vista cabe observar también que para que en rigor sea posible hablar de una «penalidad civil» es menester que con ella se produzca una privación de derechos o en general o de ventajas o de bienes. Ello es cierto, obviamente, en el estereotipo que el legislador parece que imaginó. ¿Cuál es este estereotipo? MANRESA lo explica bastante claramente (8): «Que un hábil seductor se apodere por medio de matrimonio del caudal de su víctima, lo malbarate y destroce, pagando con el capital de la mujer el menosprecio y deshonor de la misma, distrayendo cuanto constituye el porvenir de sus hijos en provecho de gentes extrañas, con general escándalo y sin esperanza de remedio.»

La generalización del estereotipo no funciona, sin embargo, debidamente. La norma priva de derechos o de ventajas económicas al contrayente escaso de fortuna en beneficio del que es más adinerado. Pre-

(6) Sobre las llamadas relaciones contractuales de hecho véase SIEBERT (Wolfgang) en «Rev. Crit. Der. Inmob.», 1970, pág. 277, y, entre otros, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, en «Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil». Madrid, 1967.

(7) MANRESA: *Comentarios al Código civil*, t. I. Madrid, 1924, páginas 308 y sigs.

(8) MANRESA, ob. y loc. cit., pág. 310.

supone, pues, un desequilibrio económico entre los contrayentes y hace, además, coincidir la malicia digna de sanción con la escasez de bienes o, dicho castizamente, que el pobre es siempre un malvado cazadotes que «se casa por el interés». Curiosamente, el infractor directo, que es aquel que no ha obtenido la licencia o que no ha recabado el consejo, lejos de ser castigado, resulta favorecido. Ocurre así porque se le estima como la víctima de un engaño o de una seducción, lo que sólo es completamente coherente en el caso de joven rica que se casa con un hábil seductor interesado únicamente en sus bienes. Cuando falta alguno de estos elementos—joven rica, hábil seductor e interés en los bienes—, la pintura no acaba de lograrse y la idea de la sanción o de la penalidad civil se difumina. En nuestro caso, la supuesta víctima había sido el marido rico, que había contraído matrimonio—¿seducido?—con señorita pobre.

En otro terreno, debe uno preguntarse en qué medida la exclusión del sistema de gananciales constituye una genuina «penalidad». En el cuadro pintado por MANRESA, el hábil seductor se apodera del caudal de su víctima y lo malbarata y destroza. Este resultado me parece que olvida el régimen de los bienes parafernales (cfr. arts. 1382 y sigs.), donde la disponibilidad de los bienes no corresponde nunca al marido. Y si se alude con ello a una posible presión extrajurídica del marido sobre la mujer, es de temer que la separación de bienes no remedie nada. Quiero decir que la única consecuencia jurídica que la aplicación del artículo 50 del Código civil lleva aparejada es mucho más modesta que la solución del melodrama. La desventaja que se sigue de la aplicación del artículo 50 del Código civil es una exclusión de la participación en las ganancias producidas con el trabajo o con los bienes del otro cónyuge. En la medida en que estos bienes o este trabajo sean la más importante fuente de ingresos de la pareja, la «desventaja» existe. Sin embargo, el sistema de gananciales implica también una «concesión» de participación al otro cónyuge y una limitación de la propia libertad, por donde la instauración de un régimen de separación puede llegar a ser ventajosa, al menos para uno de los casados. Con todo ello quiero decir simplemente que el carácter sancionador o punitivo del artículo 50 del Código civil, cierto en teoría para algunos casos y no aieno sin duda del espíritu del legislador, dista mucho de ser una regla de valor absoluto y que, por ende, su aplicación indiscriminada y dogmática, sin las necesarias matizaciones, puede concluir a unos resultados que de alguna manera son disonantes.

Admitamos, sin embargo, a efectos del razonamiento ulterior, el carácter punitivo del artículo 50 del Código civil. Queda todavía por resolver otra cuestión, que es importante y que en el razonamiento de la sentencia comentada parece haber jugado un gran papel: lo que hemos llamado antes el mecanismo de actuación de la sanción. La cuestión puede plantearse así: supuesto un matrimonio en el que uno de los contrayentes, menor de edad, se ha casado sin licencia, o antes de la

reforma de 1958 sin haber recabado el consejo el que fuera mayor, el régimen de separación de bienes estatuido por el artículo 50 del Código civil, ¿funciona de una manera automática o existe simplemente un derecho o una facultad dirigidos a obtener que se declare así? La sanción, ¿opera *ex lege* o tiene su aplicación que ser demandada? La sentencia que comentamos, opta claramente por la segunda de las variantes apuntadas. El considerando segundo distingue con nitidez dos hipótesis. Una es que la sanción se haya voluntariamente cumplido «estableciendo los casados su régimen matrimonial de bienes en concordancia y en acatamiento de lo dispuesto en el mandato legal». La segunda hipótesis, que el Tribunal Supremo distingue de la anterior, es que con posterioridad al matrimonio «se *pida* la aplicación de la sanción prevenida en la legislación». En un orden práctico acaso la tesis indicada fuera la más útil. La mezcla de sanción y de remedio o medida de protección de intereses se flexibiliza indudablemente dejando un cierto margen de actuación al arbitrio de los interesados. Una interpretación semejante tropieza, sin embargo, con un buen número de dificultades en su camino. Ante todo, la letra de la ley. El Código lo que dice es que «se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes». La expresión literal no es, probablemente, todo lo nítida que sería de desear, pero lo que no dice en modo alguno es que se disponga de un derecho, de una facultad o de una acción para demandar la separación o para pedir la aplicación de la sanción. El «se entenderá» del artículo 50 parece una fórmula lingüística indirecta utilizada para indicar una consecuencia jurídica que se produce *ipso iure* u *ope legis*, y así lo ha interpretado unánimemente la doctrina, cuando habla de una «separación forzosa» o de una «separación legal» (9). Desde un punto de vista gramatical esta solución puede apoyarse en la letra misma de la Ley, si la expresión lingüística «se entenderá» es considerada como una *fictio iuris* o como una presunción *iuris et de iure*, que no puede ser impugnada, ni atacada. Me parece que para interpretar la expresión lingüística «se entenderá» como una simple presunción *iuris tantum*, la base legal es más bien escasa. ¿Cuál podría ser la prueba en contrario utilizada para destruir la presunción? En principio, tendría que ser una eficaz voluntad negocial manifestada en capítulos matrimoniales a menos que la presunción no se considere como presunción de un régimen jurídico, sino como una presunción de la existencia de una voluntad en favor de tal régimen, caso en el cual la prueba en contrario podría ser cualquier prueba demostrativa de la inexistencia de la voluntad presumida.

Pero volviendo al punto de partida, la tesis según la cual el artículo 50 no condena automáticamente, sino que se limita a conceder las

(9) CASTÁN lo llama «sistema legal excepcional», y dice que se trata de un régimen «no supletorio, sino forzoso», pues lo impone la ley aun contra la voluntad de las partes (ob. y loc. cit., pág. 176).

facultades necesarias para que la sanción sea impuesta, tropieza con dificultades superiores y más arduas que las derivadas de una simple interpretación gramatical del texto. Son dificultades de orden lógico y sistemático suscitadas por la necesidad de ajustar un mecanismo semejante con el resto del sistema. En puridad, una facultad de demandar la aplicación de una sanción consistente en un régimen de separación de bienes sólo podría ser entendida como facultad de configuración o como derecho potestativo, cuyo ejercicio proyecta respecto de la situación configurada una eficacia que por hipótesis tiene que ser constitutiva. Crea el estado de separación. De este modo, siempre que semejante acción o derecho se ejercite en un momento posterior a la celebración del matrimonio, supondrá una modificación del régimen inicial. Además, este derecho potestativo o de configuración, ¿está sometido a un plazo de caducidad o dura todo lo que dure el matrimonio? Entendido como facultad de demandar la aplicación de una sanción, no cabe duda de que la solución tiene que ser la primera. Tiene que haber un plazo y un plazo en cierto modo perentorio, pues no sólo los cónyuges, sino también los terceros tienen un legítimo interés en una pronta clarificación de la situación. El problema sería arduo también en materia de legitimación activa. Si se trata de una facultad de demandar la aplicación de una sanción, parece claro que la legitimación activa corresponde al perjudicado con el hecho ilícito que se sanciona y la legitimación pasiva al infractor. Parece inadmisibles que el propio infractor demande que se le imponga la sanción para beneficiarse con ella. Un resultado semejante el derecho no lo puede tolerar (*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*). Sólo si el infractor directo de la ley fue la víctima de un engaño o de una seducción, una actitud semejante tendría sentido. Pero en tal caso lo que estamos sancionando no es la infracción formal de la falta de licencia o de la falta de solicitud del consejo, cuanto a la infracción sustancial cometida con el engaño o la seducción.

La tesis que entiende el artículo 50 del Código civil como aplicable a instancia de parte no parece, pues, admisible. No hay un derecho potestativo dirigido a la aplicación de la sanción, ni una acción de naturaleza constitutiva. Toda acción que en este punto se ejercite es siempre una acción declarativa y no tiene otra finalidad que constatar una situación ya existente con anterioridad. La consideración de la acción como acción declarativa abre, sin embargo, nuevos interrogantes. Esta acción, ¿es simplemente declarativa o la declaración judicial, aunque sea por supuesto retroactiva, aparece como necesaria dada la proyección *erga omnes* que puede tener el estado que resulta declarado? Cabría pensar que la circunstancia que es origen de la consecuencia jurídica debatida reclama la segunda solución, por tratarse de un hecho que es oculto y la mayor parte de las veces ignorado por los terceros. Puede ser fácilmente ignorado también al menos por uno de los cónyuges e incluso por los dos si el infractor actuó en virtud de un error *juris*. Sin

embargo, creo que no debemos engañarnos. Una acción declarativa de ejercicio necesario es en rigor una acción constitutiva cuya eficacia se produce retroactivamente.

La consecuencia del análisis que hemos tratado de llevar a cabo en las líneas anteriores es bastante desconsoladora. El tradicional carácter punitivo del artículo 50 del Código civil dista mucho de ser algo más que un tópico, que, si bien en ocasiones parece fundado, no es susceptible de una dogmática generalización. El ajuste de la aplicación de la norma con el resto del sistema produce unas dificultades prácticas de muy difícil superación y denota las contradicciones y la interna falta de coherencia de la misma. Una sanción del matrimonio irregularmente celebrado debería haberse buscado, como históricamente se buscó, por otros caminos (11).

6.—EL CARÁCTER PUNITIVO DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO CIVIL Y EL PROBLEMA DE DERECHO TRANSITORIO

La cuestión del carácter punitivo o sancionador del artículo 50 del Código civil se liga en la sentencia que comentamos con una cuestión de derecho transitorio. El matrimonio del actor y de la demandada se había celebrado en el año 1956. Poco después, la Ley de 24 de abril de 1958 suprimía la exigencia de recabar el consejo en los matrimonios de mayores de edad. La demanda origen del pleito, pidiendo que se declarara el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, es de 1962 ó 1963. Este juego de circunstancias hace aplicable a juicio del Tribunal Supremo la disposición transitoria tercera del Código civil, y por esta razón la demanda debía, en su opinión, ser desestimada. Este punto requiere también algún comentario.

Ante todo, hay que observar que la hipótesis debatida—suponiendo el carácter sancionador del artículo 50—no se ajusta enteramente al texto de la D. T. 3.^a Esta última prevé dos supuestos: a) Hecho no sancionado en la Ley anterior y sancionado, en cambio, en la Ley posterior. b) Hecho sancionado en ambas legislaciones, si bien en la posterior con una mayor benevolencia.

(10) Históricamente, las sanciones a los hijos o hijas que casaban sin el consentimiento de los padres consistían o bien en penas pecuniarias o bien en la desheredación o en la privación de las legítimas: ver MANRI-SA, ob. v loc. cit., pág. 309. Sobre el tema ampliamente GUTIÉRREZ: *Códigos*, t. I. Madrid, 1862, págs. 225 y sigs. En el Proyecto de 1851, la exigencia era únicamente del consentimiento para el hijo menor de veintiún años y para la hija menor de veinte (art. 51), y la sanción consistía en la posibilidad de desheredación (art. 672). GOYENA, que recuerda la exigencia del «consejo» en el Código civil francés, señaló que en nuestro Derecho la Ley recopilada, que lo establecía, había sido derogada por una Pragmática de 1803

Fuera del texto queda, en cambio, la hipótesis, que sería la nuestra, de un hecho sancionado por la legislación anterior, que queda desprovisto de sanción en la nueva legislación. Desde el punto de vista del Código civil, tal hipótesis constituye una laguna legal, aunque en aras de la *eadem ratio decidendi* pueda admitirse que el criterio de la mayor benevolencia permite entender que, tras la puesta en vigor de la nueva legislación, tal hecho no será ya sancionado. Ahora bien: estos esquemas y estas pautas, extraordinariamente simplificados, provocan en un caso de la complejidad del nuestro algunas dificultades.

Ante todo, la D. T. 3.^a contempla un cambio en la legislación sancionadora de unos hechos cuya sanción no se ha producido todavía. La aplicación de la sanción es un hecho futuro en el momento del cambio legislativo («se aplicará», dice el inciso final de la D. T. 3.^a). He aquí porqué una puntualización sobre el mecanismo de aplicación de la sanción tenía tanta importancia. Todas las objeciones antes apuntadas en torno a la facultad de demandar la aplicación de la sanción pueden ahora ser reproducidas. Y si la idea de sanción aplicable a instancia de parte se excluye, la puesta en juego de la D. T. 3.^a pierde una gran parte de su fuerza.

La D. T. 3.^a no contempla, rigurosamente, sanciones ya aplicadas cuando es puesta en vigor la legislación más benévola. *Quid iuris?* ¿Se perpetúa la sanción, o se reajusta para conformarla a la nueva legislación? Si la sanción había sido ya aplicada y cumplida, parece claro que no hay retroactividad de la nueva Ley. Si la sanción está todavía pendiente de cumplimiento, el reajuste en línea de principio parece lo más equitativo. ¿Es, sin embargo, aplicable esta idea a una sanción tan peculiar como el establecimiento de un régimen económico-conyugal que es, sobre todo, una disciplina normativa de las relaciones entre los casados y de ellos con terceras personas? Por último, aunque la legislación más benévola permita el levantamiento de la sanción, ¿actúa esta exoneración con efecto retroactivo y, por consiguiente, el nuevo régimen matrimonial instaurado por el cambio legislativo regula todas las situaciones anteriores a tal cambio? Las dificultades para aplicar la D. T. 3.^a son, como se ve, muy difíciles de superar. La puesta en juego de la norma es, además, internamente contradictoria con el sentido que al artículo 50 ha dado la propia sentencia. Pues lo cierto es que si existe un derecho o una facultad para demandar la aplicación de la sanción, este derecho, como derecho adquirido, queda incólume tras el cambio legislativo con la extensión y en los términos con que lo reconocía la legislación precedente, según la D. T. 4.^a

Por último, no debe dejar de observarse que si se admite con el Tribunal Supremo la distinción entre los casados que cumplen voluntariamente la sanción estableciendo el régimen ordenado por el mandato legal, en concordancia y acatamiento con lo dispuesto en el mismo, y aquellos otros que no han cumplido voluntariamente la norma, se produce una extraña paradoja que beneficia a estos últimos. Los prime-

ros, en acatamiento del mandato legal, establecieron un régimen económico: por obedientes, el cambio legislativo no les afecta. Los segundos son contumaces: el cambio legislativo les afecta y la sanción queda levantada.

Me da la impresión de que todo razonamiento que se haga en el plano de la D. T. 3.^a está viciado de origen. El artículo 50 del Código civil no es una norma genuinamente punitiva y, por ello, la D. T. 3.^a no puede regir las cuestiones de derecho transitorio. En el campo en el que nos movemos, la única disposición transitoria cuya aplicación satisface es la primera. Un régimen económico conyugal es un derecho o, si se prefiere, un conjunto de derechos y de obligaciones. Por ello, en cuanto nacido de unos hechos colocados bajo la legislación anterior, queda sometido a ella, aunque la legislación posterior regule de otro modo el hecho constitutivo o determinante del mismo.

7.—EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE: LA BUENA FE COMO LIMITE DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

El último de los puntos o razones que sirve al Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación del actor es el relativo al principio general de buena fe. El razonamiento del Tribunal Supremo se desenvuelve, poco más o menos, a través de los siguientes tramos: 1) Existe en nuestro sistema jurídico un principio general de buena fe. 2) El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones deben ajustarse a los dictados de la buena fe. 3) El actor ha vulnerado esta regla y, por ello, su demanda debe ser desestimada. 4) Contraviene la buena fe, porque siendo culpable de la infracción pide él mismo que sea sancionada, cuando la sanción ha sido ya suprimida, y lo hace, además, en perjuicio de su mujer, que no cometió la falta y a quien no puede tampoco reprochársele que conociera su existencia.

Frente a esta serie de afirmaciones, el comentario puede moverse en distintos planos. La afirmación primera y básica—la existencia de un principio general de buena fe—es plausible. No representa una radical novedad, pues la jurisprudencia lo había ya entendido así (12). Sin embargo, ahora adquiere unas características de vigor y de rotundidad que merecen ser destacadas. La existencia de este principio general se induce de concretos textos legales, como son, señaladamente, los artícu-

(11) La sentencia de 23 de noviembre de 1962 señaló que en el artículo 1258 aparece la idea de buena fe como criterio de ejecución de los contratos y ligó con dicha idea la «alteración de la base del negocio» y el «restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones».

los 69 y 1258 del Código civil. Es verdad que estos textos hacen aplicaciones concretas de la idea, pero por eso mismo permiten establecer una *ratio* general (13).

El principio general de buena fe, del que dimana un deber de comportarse de acuerdo con el criterio general de buena fe, incide en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, que se han, dice el Tribunal Supremo, de «acomodar» a ella. Esta «acomodación» entraña, sin duda, una limitación del ejercicio de los derechos y un criterio de ejecución del comportamiento o de la prestación que es debida en virtud de una obligación. En el primer aspecto, la buena fe puede hacer inadmisibles, total o parcialmente, el acto de ejercicio de un derecho. En el segundo caso, la buena fe es una pauta para configurar en toda su amplitud el comportamiento o prestación debidos (14). ¿En cuál de estos dos planos—ejercicio de un derecho, cumplimiento de una obligación—se produce en nuestro caso la incidencia del mandato de proceder de acuerdo con la buena fe? *Prima facie*, parece que es en el primero de ellos, toda vez que el pleito termina con una desestimación de la demanda y el argumento se invoca precisamente para fundamentar esta desestimación. Además, ninguna obligación jurídica estaba en juego en el pleito. ¿Qué derecho es este, cuyo ejercicio queda limitado o se torna inadmissible en virtud de la buena fe? Las variantes podrían ser tres:

a) Partiendo de la idea de que el artículo 50 del Código civil establece una sanción o una penalidad civil, el derecho a que aludimos sería el derecho a exigir la imposición de la sanción. Esta parece que es la línea de pensamiento que sigue el Tribunal Supremo cuando sitúa la contravención de la buena fe en el hecho de pedir el actor que sea sancionada la falta. Ahora bien: este modo de pensar no está exento de objeciones. Ante todo, como ya vimos con anterioridad, no es claro que la sanción derivada del artículo 50 del Código civil—admitiendo que sea tal sanción—posea el carácter de una sanción facultativa. Además, porque, aunque esa configuración se admitiera, tal derecho no correspondería nunca al propio sancionado. La demanda, situadas las cosas en este terreno, no caería porque el ejercicio de un derecho se torna inadmissible al contravenir la buena fe, sino porque el actor no sería titular de ningún derecho.

b) Podríamos partir de la idea de que el derecho que queda limitado en virtud de la contravención a la buena fe que se ha producido, no es lo que para entendernos podríamos llamar el derecho de índole sustantiva, sino simplemente la acción o derecho de naturaleza

(12) Vid. en general DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe*. Barcelona. 1965.

(13) Sobre este punto cfr. LARENZ: *Derecho de obligaciones* (tr. cast.). Madrid, 1958, vol. I, pág. 150.

procesal, considerado como el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento. Ahora bien: de ser así, la limitación del derecho determinada por la contravención de la buena fe tendría que haber conducido a una abstención por parte de los órganos jurisdiccionales. Quizá en su más profunda raíz este era el sentido de la vieja regla, según la cual «*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*». Aquel que alega su propia torpeza, su propia culpa o su propia falta «no es oído» (15). La sentencia que comentamos desarrolla un razonamiento que parece estar claramente emparentado con esta vieja máxima, nunca bien estudiada. Ocurre, sin embargo, que la alegación de la propia torpeza no justifica nunca la abstención del tribunal, que sería denegación de justicia (arts. 6.º C. c. y 375 C. p.). El pleito termina con una desestimación de la demanda y con una absolución de la parte demandada que adquiere carácter definitivo a virtud del juego de la cosa juzgada.

c) Me inclino por ello a pensar que el derecho que queda eliminado en aras de la buena fe es el derecho del marido a obtener una disolución del consorcio matrimonial ajustada a los cánones del régimen de separación de bienes. En definitiva, este es el derecho que el marido ejercitaba y esta es la pretensión que naufraga. Ahora bien: para que este derecho se elimine en aras de la buena fe es menester admitir que el marido en rigor *tenía ese derecho* y era titular de él. Personalmente así lo creo y, por ello, me inclino a pensar que aquí se encuentra la *ratio decidendi* de la sentencia. Hay que constatar, sin embargo, que el planteamiento de las cosas en este terreno es contradictorio con el resto de las premisas, pues, como decía, para entender limitado el ejercicio del derecho en aras de la buena fe es preciso admitir que el derecho existía y que el actor era titular de él, lo que, en el caso de especie, equivale a decir que el matrimonio se había contraído en régimen de separación de bienes y que el marido tenía derecho a liquidar la sociedad conyugal de acuerdo con la disciplina de tal régimen.

Para concluir este ya largo comentario conviene abordar un último tema. ¿Cuál ha sido la contravención de la buena fe que conduce al resultado descrito? En la sentencia comentada el estándar de la buena fe se pone en conexión con varias ideas: 1) La «lealtad a la propia conducta». 2) El hecho de que el actor, «siendo el culpable de la infracción», sea quien «pide que sea sancionada». 3) El hecho de que esta pretensión se produzca en «perjuicio de su mujer», a quien ni siquiera se le reprocha participación alguna en la infracción.

La primera de las ideas apuntadas—la lealtad a la propia conducta—parece que puede reconducirse a las últimas formulaciones de la doctrina de los propios actos entendida como una vinculación dima-

(14) Sobre el tema, GIRAUDET: *Essai sur la maxime «Nemo auditur propriam turpitudinem»*. Dijon, 1923.

nante del deber, impuesto por la buena fe (16), de coherencia del propio comportamiento. En nuestro caso esta coherencia o esta lealtad vendrían impuestas por el sentido de los anteriores actos de respeto del régimen de gananciales, que ahora, por tal razón, tendría que ser observado. Sin embargo, para que el deber de coherencia imponga una vinculación a los propios actos es menester que el sentido objetivo de éstos haya suscitado en un tercero una razonable y fundada confianza sobre la base de la cual este tercero ha establecido su propia situación jurídica. Ninguna de estas notas aparece en la sentencia comentada.

La segunda idea—inadmisibilidad de que el culpable de una infracción pida, en su propio beneficio, que sea sancionada—se liga, como antes decía, con el viejo brocardo que impide que alguien alegue su propia torpeza, que es, probablemente, la raíz última de la sentencia.

Por último, la idea de perjuicio de la mujer y la de falta de culpabilidad de ésta, aunque aludidas, quedan sin matizar. Su conexión con el problema de la buena fe no es, además, inmediata.

La buena fe es un estándar de conducta, muchas veces aludido en nuestros textos legales, que lo emplean fundamentalmente como un instrumento de protección: la *fides* jurídicamente es confianza y a través de esta idea trata la ley de conseguir que no sean defraudadas las expectativas que razonablemente uno debía poseer. Por tanto, para medir una contravención de la buena fe es preciso decidir si en la otra parte se podía razonablemente haber suscitado una confianza o una expectativa a su vez merecedora de protección. En nuestro caso esto equivale a decir que con el recurso a la buena fe lo que se protege es la confianza de la mujer demandada en una situación aparente o razonablemente fundada, capaz de suscitar unas expectativas dignas de protección. Este camino vuelve a estar erizado de obstáculos, pues así como en el pleito parecen haberse analizado únicamente los actos y el comportamiento del marido, nada o casi nada sabemos del reflejo o del impacto de tales actos en la esfera de la mujer, para determinar en qué medida existieron aquellas expectativas y en qué medida merecían protección. La demandada andaba escasa de medios de fortuna—pedía alimentos y le fueron concedidos—, por lo que quizá esta escasez de medios haya podido ser un factor determinante de una sentencia, como ésta, tan difícil de reducir a esquemas conceptuales. ¿Hubiera sido la misma la respuesta si, sin modificar para nada el planteamiento jurídico, los estados de fortuna de los cónyuges hubieran sido los inversos? ¿Y si, simplemente, se hubiesen encontrado equilibrados?

LUIS DÍEZ-PICAZO

(15) DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1962.

JURISPRUDENCIA

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 CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. EL RECURSO GUBERNATIVO NO ES UN MEDIO IDÓNEO PARA DECIDIR SOBRE LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR A UNA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE ERROR EN UN ASIENTO, DEJANDO SIN EFECTO CIERTA NOTA DE CANCELACIÓN, PORQUE NO SE TRATA DE IMPUGNAR UNA CALIFICACIÓN DENEGATORIA O SUSPENSIVA DE UN TÍTULO INSCRIBIBLE. AQUÉL SOLAMENTE PUEDE INTERPONERSE CUANDO LA CALIFICACIÓN SUSPENDE O DENIEGA EL ASIENTO SOLICITADO, PERO NO CUANDO EL ASIENTO SE HA EXTENDIDO, PUES EL CENTRO DIRECTIVO NI ES COMPETENTE PARA LA CUESTIÓN NI TIENE FACULTADES PARA SUPLIR EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS INTERESADOS Y DEL PROPIO REGISTRADOR NECESARIOS PARA LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES. CABE SIEMPRE QUE POR LOS INTERESADOS SE ACUDA A LOS TRIBUNALES PARA VENTILAR Y CONTENDER ENTRE SÍ ACERCA DE LA VALIDEZ O NULIDAD DE LOS TÍTULOS O DE LAS OBLIGACIONES QUE EN ELLOS SE CONTENGAN.

Resolución de 11 de noviembre de 1970 («B. O. del E.» de 1 de diciembre.)

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada en Alicante, ante el notario don Lorenzo de Irizar y Avilés, el 8 de julio de 1908, doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, en representación de su primer marido, entonces enfermo, don José de Rojas y Galiano, cedió a los religiosos don José Calasanz y Marqués y otros, representados por don Pascual Ghione y Cazzulo, un terreno situado en la calle del Empecinado, esquina a la de los Castaños y Bazán, de Alicante, que fue inscrita en el Registro bajo el número 19.015, inscripción 1.ª, con determinadas condiciones; que, fallecido don José de Rojas y Galiano, por otra escritura otorgada también en Alicante y ante el mismo notario, sus herederos doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas, don Miguel, don Carlos y don José de Rojas Moreno, acordaron con los religiosos beneficiarios de la indicada donación la permuta del anterior solar por otro de mayores dimensiones, sito en la calle de Zurbano, esquina a las de O'Donnell y Prim, también de Alicante, estipulándose las siguientes condiciones, equivalentes a las que gravaban la finca permutada: «A) Los señores Calasanz, Balsario, Iñigo de Angulo y Bentanachs, o los que les sucedan en su lugar y derechos, deberán levantar en el terreno que en permuta se les ha cedido un edificio destinado a la educación de niños pobres según los principios de la religión católica, pudiendo también construir oratorios o capillas, lo mismo que talleres y cualesquiera otras obras que, a juicio de los adquirentes, conduzcan a tal fin. B) Dichos señores deberán, dentro del plazo de dos años, contados desde hoy, tener cercado el solar que se les ha cedido, y dentro de los diez años, también contados desde esta fecha, terminadas las obras proyectadas, considerando como terminación de ellas el haberse levantado el local destinado a escuela. Si no se compliese, quedará sin ningún valor ni efecto la cesión del solar descrito en el párrafo VII, que, con todas las obras en él realizadas, volverá a poder de los cedentes o de sus causahabientes, sin que tengan éstos que abonar a aquéllos, por dichos conceptos, más cantidad que la de dos mil novecientas noventa y ocho pesetas quince céntimos... D) Si después de contruidos los edificios a que la cláusula A) se refiere, se cerrasen por abandono de los adquirentes o cualquier otra causa imputable a los mismos y permaneciesen cerrados durante el espacio de un año, se efectuará la reversión establecida al final de la cláusula B), pero sin obligación por parte de los cedentes de entregar si quiera las dos mil novecientas noventa y ocho pesetas quince céntimos»; que esta finca fue inscrita en el Registro, con las expresadas circunstancias, bajo el número 19.806, inscripción primera; que posteriormente y al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941 (*), se siguió procedimiento para inscribirla a favor de la Congregación Salesiana, pues sus anteriores titulares eran personas interpuestas, dictándose sentencia que así lo ordenaba, y en la que se indicaba que «no constan gravámenes»; que al extenderse el correspondiente asiento (inscripción segunda de la finca) desaparecieron las condiciones señaladas, quizá en cumplimiento del anterior mandato judicial; que, posteriormente, se constituyó sobre el citado solar una hipoteca en favor de la Caja de Ahorros del Levante de España, en garantía de un préstamo de 13.630.068 pesetas, que causó la inscripción tercera, y que el 25 de octubre de 1969 se presentó en el Registro un escrito en el que, los hoy recurrentes, herederos de los primitivos titulares, solicitaban, al amparo del artículo 321 del Reglamento Hipoteca-

(*) Se olvidó el año en el *Boletín Oficial*.

rio o, en su defecto, el 329, la rectificación del asiento correspondiente a la inscripción segunda de la mencionada finca, haciendo constar en ella las condiciones canceladas:

La expresada solicitud fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la solicitud (*) del asiento correspondiente a la segunda inscripción de la finca a que se refiere, por la actividad exclusiva del registrador, conforme al artículo 321 del Reglamento Hipotecario, por no estar comprendido el caso en ninguno de sus supuestos, ni siquiera en su párrafo 1.º, que remite a los artículos 213 y 217 de la Ley Hipotecaria, que hacen referencia a los errores materiales y de concepto, respectivamente, por cuanto no se trata de ninguno de los primeros, pues la omisión de la condición resolutoria es evidente que altera por su importancia el sentido general de la inscripción o al menos alguno de sus conceptos, saliéndose, por tanto, de la definición que de los mismos da el artículo 212 de la Ley, y en cuanto a los segundos, por no resultar claro si el supuesto error es del asiento—caso c) del artículo 40 de la Ley—o del título (testimonio de la sentencia)—caso d) del mismo artículo—por coincidir en esencia el contenido de ambos y no constar si el registrador omitió la condición resolutoria por adaptarse al mandato judicial o por error. Por lo que hace a los otros procedimientos suplementarios para practicar la rectificación, como son el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o la resolución judicial a que hacen referencia el párrafo 1.º del artículo 217 y el 218 de la Ley, invocados a través del artículo 329 del Reglamento, por el solicitante, se suspende la rectificación interesada hasta tanto exista acuerdo entre los interesados o recaiga resolución judicial, en su caso. No se solicita anotación preventiva.»;

Los procuradores de doña María Teresa Rojas y Roca de Togores y don José Rojas Moreno interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: Que al omitirse en la inscripción segunda la consignación de las condiciones resolutorias mencionadas, surgió la figura del tercero hipotecario en favor del titular de un crédito con garantía real y se corre el riesgo de que ocurra otro tanto respecto a una sociedad a la que ha vendido la Congregación Salesiana parte de la finca; que, por ello, considerando de aplicación al caso el artículo 321 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 217, 1.º, de la Ley, y el 9.º, 30 y 40 c), de esta última disposición, pretenden la inscripción registral de la condición resolutoria eliminada; que subsidiariamente, para el caso de que el registrador no estime aplicable el artículo 321 antes citado, se postuló, al amparo del 328, la aplicación del 329 del citado texto legal; que el Tribunal Especial para la declaración de titularidad de bienes de la Iglesia inscritos a favor de personas interpuestas, no tiene más facultad que la expresada, sin que fuera necesario hacer en la sentencia referencia a condiciones que figurasen en inscripciones anteriores que, por otro lado, no son propiamente cargas, y no deben entenderse incluidas en el mandato de cancelación; y que si el funcionario calificador entendía había un error, de conformidad con los preceptos invocados, debió convocar a los interesados a fin de proceder a su rectificación, y en cualquier supuesto extender nota comprensiva del acuerdo o de la falta del mismo, llevando el acta al archivo para su constancia, según indica el artículo 329 del Reglamento;

El registrador informó: Que el caso planteado no encaja en los artículos 213 ó 217 de la Ley Hipotecaria, por lo que no es de aplicación el artículo 321 de su Reglamento, como pretende el recurrente, ya que no se trata de un simple error material fácilmente subsanable; y que, pudiendo considerarse el caso como un error de concepto, sería aplica-

(*) de rectificación (Faltan estas palabras en el texto del *Boletín Oficial*)

ble el artículo 329 reglamentario, pero entonces se precisaría acuerdo previo de todos los interesados—que no lo hubo—reflejado en acta, o resolución judicial, y ninguna de estas exigencias se ha cumplido;

Pedido informe al juez especial sobre bienes de la Iglesia inscritos a nombre de personas interpuestas, no pudo ser emitido por haber desaparecido este organismo. El presidente de la Audiencia confirmó la nota del registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario. La Dirección General, en apelación (1), acordó confirmar el auto apelado y desestimar el recurso por ser la cuestión planteada ajena a su competencia, en base a la siguiente.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—El recurso gubernativo puede interponerse solamente cuando la calificación del registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido, como sucede en el presente caso, en que el título—la sentencia de 20 de junio de 1955 del Juzgado Especial sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes eclesiásticos—tuvo acceso a dicho Registro, y los derechos que proclama están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria;

En realidad, lo que se pretende con la nueva presentación de la sentencia indicada no es impugnar una calificación denegatoria o suspensiva del registrador, puesta en un título inscribible, sino exclusivamente tratar de dejar sin efecto cierta nota de cancelación ya extendida en los libros registrales, para lo que el recurso gubernativo, como se indicó anteriormente, no es el medio idóneo, por faltar los presupuestos indispensables para su formalización, y si el peticionario entiende que el asiento aparece erróneamente extendido, deberá acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se recogen en el respectivo título VII de la Ley y Reglamento Hipotecarios, o quizá el contenido en el apartado d) del artículo 40 de la primera de las disposiciones legales citadas, que exige el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial;

Entre los errores, tanto si son materiales como de concepto, hay unos que pueden ser rectificables en algunos casos unilateralmente por el mismo funcionario calificador—artículos 213 y 217 de la Ley Hipotecaria—, pero en la mayor parte de ellos se precisa el consentimiento de todos los interesados y del propio registrador en el procedimiento correspondiente o, en su defecto, la providencia judicial que lo ordene, sin que este Centro directivo tenga facultad para suplir aquellas voluntades o desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene, además, a reforzar la idea ya expresada de la imposibilidad de que estas cuestiones puedan resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo;

Dado que parece—según el informe del funcionario calificador—que por la oposición del actual titular registral no ha podido intentarse la formalización del convenio necesario para la rectificación pretendida, siempre cabe que por los interesados se acuda a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos o de las obligaciones que en ellos se contengan y pueda decidirse acerca de una cuestión para la que la vía gubernativa no es competente.

C) *COMENTARIO.*—*Puede parecer que la cuestión planteada por este recurso carece de interés, dada la reiterada jurisprudencia de la Dirección que cita el «vistos» de la Resolución. Sin embargo, creemos que el*

Vistos: Los artículos 1, 18, 26, 40, 66, 98 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, los artículos 314 al 331 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección de 17 de septiembre de 1927, 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955

supuesto es muy interesante para destacar: a) que no dejan de crear algunas dificultades los artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria, trasplante a nuestro sistema de los parágrafos 894 y siguientes del B. G. B.; b) que la regulación legal y reglamentaria de la rectificación de errores en los asientos presenta algunas lagunas, c) que a aquella reiterada jurisprudencia no debe dársele interpretación generalizadora que conduzca a una excesiva limitación del campo de actuación del recurso gubernativo.

A) LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN.—*La doctrina de las Resoluciones citadas en el «vistos» (2) y de la comentada podemos condensarla en los siguientes principios:*

1.º *Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que la Dirección no es competente para resolver sobre su modificación, rectificación o cancelación, una vez practicados.*

2.º *El recurso gubernativo sólo es procedente contra la calificación denegatoria o suspensiva de la registración de un título inscribible.*

(2) Las Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 1927 contienen idénticos pronunciamientos, pues resolvieron dos recursos interpuestos por las mismas personas, para el mismo caso y con completa identidad de finalidad y argumentos: El Registrador había cancelado por caducidad (conforme a los artículos 401 y 402 de la Ley anterior) ciertos derechos de caza, pesca, leñas, etc., de los vecinos de Malagón que constaban en determinada finca. El alcalde, en su nombre, interpuso recurso gubernativo contra la nota de cancelación, solicitando dejarla sin efecto y subsistentes los derechos cancelados. La Dirección estima improcedente el recurso considerando que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pueden ser rectificados, fuera de los casos previstos en el Título VII de la Ley, más que por una Sentencia en procedimiento adecuado, y que el recurso no ha sido incoado para impugnar ninguna calificación denegatoria o suspensiva de un título inscribible, sino contra cierta nota de cancelación ya extendida, por lo que carece de los requisitos indispensables según el artículo 19 de la Ley y 120 de su Reglamento (apartado 1.º del III actual) para que sean tramitados estos expedientes en cuanto no se apoyan en un instrumento público documento inscribible o petición previamente formulada por los interesados.

Resolución de 16 de junio de 1948. En el Registro Mercantil de Valencia se había inscrito el acta de una Junta General de socios de una sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que se acordaba la remoción de los cuatro gestores estatutarios y la creación de una Comisión Gestora de tres miembros, estando representados dos socios en la Junta por personas no otorgantes de la escritura fundacional. Uno de los gestores removidos interpuso el recurso para que se denegase (?) la inscripción del acta, porque los pactos sociales de la Compañía consignaban que, en las Juntas, los socios podrían ser representados por otros o por algún otorgante de la escritura, y que la gestión y administración correspondería a cuatro gestores, fundando su derecho en los artículos 66, 74 y 75 del Reglamento del Registro Mercantil (entonces vigente) y en el título de los contratos del Código civil, en especial en su artículo 1.258. La Dirección rechaza el recurso en base a considerandos similares a los de las resoluciones antes resumidas, insistiendo en que los interesados que se crean perjudicados pueden acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de las obligaciones que motivaron las inscripciones correspondientes.

La Resolución de 9 de agosto de 1955 resolvió el siguiente caso. Por auto del Juzgado especial de Responsabilidades políticas se inscribieron a favor del Estado determinadas fincas con simultánea cancelación de anotaciones preventivas a favor de acreedores concursuales de una herencia. La representación de los herederos demandó en juicio ordinario al Estado y al Registrador, suplicando sentencia, dejando todo sin efecto y solicitando anotación de la demanda, que fue tomada. Después de cuestiones de competencia entre el Juzgado especial y el ordinario, y de una solicitud de prórroga de las anotaciones de demanda, el Juzgado especial dictó providencia acordando cancelarlas por caducidad, llevándose a cabo las cancelaciones. Interpuesto recurso gubernativo contra la cancelación, la Dirección le rechazó, prescindiendo de entrar en consideraciones sobre las largas alegaciones del recurrente sobre supuestas anomalías en lo actuado que reflejan los resultados, en base a la misma doctrina anterior. Que del artículo 66 de la Ley y concordantes del Reglamento se infiere que es requisito del recurso que el Registrador deniegue o suspenda el asiento solicitado, pero no puede plantearse correctamente cuando aquél ha sido extendido, que para evitar perjuicio a los interesados se les permite que pueden interponer las acciones ante los Tribunales para ventilar y contender entre sí sobre la nulidad o validez de los títulos y documentos que motivaron los asientos practicados que se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

3.º *Los asientos, después de practicados, sólo pueden ser rectificandos, fuera de los casos previstos en el título VII de la Ley, por una sentencia en procedimiento adecuado, al que siempre podrán acudir los interesados para ventilar y contender entre sí sobre la nulidad o validez de los títulos y documentos que causaron los asientos.*

Más adelante haremos ciertas consideraciones sobre el alcance de cada una de estas afirmaciones, ni totalmente superponibles, ni aplicables en términos absolutos. Antes haremos unas observaciones a los «resultandos» de la Resolución, que sirvan para explicar la imposibilidad de opinar sobre cuál de las dos partes estaba más cargada de razón.

B) LOS «RESULTANDOS» DE LA RESOLUCIÓN.—No son muy explícitos en cuanto a los datos fundamentales para poder enjuiciar la negativa del registrador a la solicitud de rectificación. Sin duda se trata de omisiones conscientes, en perfecta congruencia con el criterio de no ser idóneo el recurso para el conflicto planteado:

No aparece en ellos ni el contenido de la Sentencia de 20 de junio de 1955 ni su extracto. Al parecer se presentó con el escrito solicitando la rectificación de la inscripción segunda; pero no dicen los «resultandos» si ordenaba inscribir la finca a favor de la Congregación Salesiana, libre de limitaciones o gravámenes, y cancelar totalmente la inscripción primera; si ordenaba rectificar ésta, sustituyendo sus titulares por dicha Congregación, lo que parece más congruente con el procedimiento especial en que se dictaba; o si, como es muy posible, era un tanto ambigua respecto a las operaciones registrales a practicar.

También nos quedamos sin saber cuál fue el texto o contenido de la inscripción segunda y de la nota puesta al margen de la primera. No cabe opinar sobre si el registrador se ajustó estrictamente a la Sentencia; si, por el contrario, la tergiversó por error de interpretación de su fallo; o si, como es más probable, se limitó a trasladar al Registro la ambigüedad de que la Sentencia adoleciera. Parece que registrador, recurrentes y Dirección dan por seguro que las condiciones resolutorias o derechos de reversión fueron cancelados y la finca quedó libre, en el Registro, al inscribirse la Sentencia. Para que esto fuese así, los textos de la inscripción y de la nota debieron ser muy explícitos sobre el particular, pues ante redacciones dudosas la presunción debe ser la contraria, tratándose de la inscripción de un título declarativo que sólo pretende sustituir la persona interpuesta por el interponente, respetando en lo demás el título de adquisición primitivo objeto de la inscripción primera. Sin duda, la inscripción segunda y la nota marginal fueron redactadas de manera que tenían que interpretarse como cancelatorias de tales condiciones, aun prescindiendo de la frase que se empleara en el arrastre de cargas.

C) NATURALEZA DE LAS SENTENCIAS DEL JUZGADO ESPECIAL CREADO POR LA LEY DE 11 DE JULIO DE 1941.—No procede estudiar aquí la normativa sustantiva y procesal de esta Ley, de sus Decretos y Ordenes complementarios y del Decreto-ley de 28 de junio de 1962, que extendió el ámbito de aplicación de aquélla. Tampoco podemos entrar en consideraciones sobre la naturaleza de las Sentencias que dicho Juzgado dictaba. Los autores discuten sobre si resolvían sobre un supuesto de negocio fiduciario (3) o sobre un caso de simulación (4). Creo que es necesario distin-

(3) ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, III, pág. 755

(4) CHICO y BONILLA *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral* I, pág. 862. Estos autores afirman que la cuestión es trascendental con relación a la protección del tercero. Estimamos el problema interesante, pero no creemos que la protección del tercero, no citado debidamente en el procedimiento especial, esté pendiente de la solución que se dé a esa discusión doctrinal.

guir, a efectos registrales, el supuesto en el que la entidad eclesiástica enajene a la persona interpuesta, del supuesto en que ésta adquiera, de tercero, figuradamente para sí y realmente para la entidad eclesiástica. En el primer caso la duda debe plantearse entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario; en el segundo, entre la simulación relativa (limitada a la persona del adquirente) y la representación directa oculta. Aunque la fiducia entre la entidad y la persona interpuesta exista en cualquier caso.

La Sentencia de inexactitud registral que el juez especial dicta se fundamenta, en el primer caso, en una simulación absoluta del negocio de transmisión a la persona interpuesta, y el asiento idóneo parece ser la cancelación, que hará renacer la titularidad de la entidad reflejada por el asiento anterior, que pasa a vigente. Este es el propio y sencillo juego de la Sentencia declarativa de simulación absoluta. Si preferimos pensar que hubo un negocio fiduciario válido, tenemos que considerar la Sentencia, constitutiva de una retransmisión a la entidad, basada en la «*litis contestatio*» que la Sentencia refrenda. Entonces, el asiento idóneo es más complicado, pues debe contener una confirmación de la transmisión anterior, si bien dándola «*a posteriori*» su verdadera naturaleza de fiduciaria, y, por tanto, limitada, y pasar luego a la retransmisión o devolución por haberse extinguido la fiducia o encargo.

En el segundo caso, que es el del recurso, la Sentencia debe ser declarativa de la simulación relativa (5). El negocio inscrito queda intacto en todo, excepto en la persona del verdaderamente adquirente, y la inscripción de la Sentencia debe limitarse, como su fallo, a expresar que el adquirente fue la entidad eclesiástica, que pasa a ser titular «*ex tunc*», aunque sin perjuicio del tercero hipotecario. La inscripción de la Sentencia altera la anterior en el fundamental extremo del titular registral; pero no la debe cancelar, puesto que ambas, conjuntamente, forman el contenido registral. Igual debe suceder si entendemos que la Sentencia viene a declarar que la adquisición que figuraba en nombre propio por la persona interpuesta fue en la realidad una adquisición con representación directa disimulada. La inscripción no debe cancelarse porque el título anteriormente inscrito subsiste en su plena validez en cuanto no resulta alterado por el fallo del juez especial.

Por esta especial naturaleza de la Sentencia y de los asientos a practicar creemos que, en el fondo del caso planteado, hubo un cierto con fusionismo, al que pudo no ser ajena la doctrina hipotecaria nacida en torno de los artículos 39 y 40 de la Ley. Contemplada la Sentencia del Juzgado especial con la visión germanista de un registro de derechos, en el que la rectificación de la inexactitud registral toma tonalidades abstractas, es posible que el comportamiento del registrador y los mismos términos de la Sentencia estuviesen orientados hacia una abstracta cancelación de la inscripción a favor de la persona interpuesta y un abstracto asiento de inscripción a favor de la Congregación Salesiana, desconectada del título y de la inscripción anterior y sin otra base que la Sentencia misma como a modo de adquisición originaria. Es obvio que esto no encaja ni con nuestro sistema ni con el juego registral que en él deben tener las resoluciones judiciales, meramente declarativas de los derechos constituidos en los títulos. No es este el primer supuesto en que

(5) Aunque Enneccerus no considera los negocios de adquisición por persona interpuesta como negocios simulados, por ser aquéllos realmente queridos y adquirir realmente el testafierro, las diferencias entre ambas figuras no son muy claras. Dicho autor estima que si el otro contratante conoce la interposición de persona, la adquisición del testafierro es nula por simulada, pero el interponente adquiere mediante el testafierro representante directo Pérez y Alguer creen que nuestro Código (arts 628 y 755) asocia los conceptos de simulación relativa e interposición de personas (ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Derecho civil Parte general*, 1935, II, págs 180 y 183)

hemos tenido ocasión de observar ciertos inconvenientes en el trasplante que, no sin cierto «rechazo», supuso el artículo 40 de nuestra Ley Hipotecaria.

Pero no podemos penetrar más en la cuestión de fondo. La lectura del primer «resultando» produce cierta extrañeza sobre cómo pudo perpetuarse durante sesenta años una incertidumbre sobre la realización de las condiciones impuestas en la cesión de don José de Rojas y Galiano, tanto si la incertidumbre afecta a la cláusula B) como a la D); pero el litigio es posible, dado el interés de una de las partes en conseguir la claridad del Registro respecto de las condiciones. Por ello no deja de ser razonable la postura cautelosa del registrador y la inhibicionista de la Dirección. Por lo mismo, debe quedar fuera de nuestro comentario toda referencia a la cuestión de fondo, con mayor motivo cuando no tenemos la menor referencia a si en el procedimiento y Sentencia dictada conforme a la Ley de 1941 por el Juzgado especial se rozó de alguna manera la cuestión de los posibles derechos de los herederos de don José de Rojas.

D) LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES.—El título VII de la Ley Hipotecaria no goza de los favores de la doctrina hipotecaria. Es una materia en que la extensión y profundidad del comentario doctrinal está en baja, en contraste con la, acaso exagerada, importancia que se concede a la teoría de la inexactitud registral y su teórico distinguo con la concordancia de registro y realidad. Esta desidia no es del todo comprensible, en una materia en la que el legislador de 1961 confesó humildemente sus temores de no haber acertado (6). La regulación inicial apenas ha sufrido otra variación que la desaparición de los errores no rectificables (por producir nulidad del asiento), muy alabada por algunos y un tanto precipitada para otros, y los tratados generales suelen ser parcos en este tema, dejando sin plantear muchas lagunas y dudas que presentan la Ley y el Reglamento.

Para LACRUZ BERDEJO (seguido por CHICO y BONILLA) «error (en materia de publicidad) es toda representación falsa del objeto que se pretende publicar por deficiencia del procedimiento representativo. A causa de la falibilidad humana, el registrador ha representado deficientemente el contenido del título al pasarlo a los libros. Se trata de un tipo de error obstativo en los negocios jurídicos, traducido a estas declaraciones de tipo intelectual, y no volitivo» (7). Esta definición de error en el asiento es acaso insuficiente, poco precisa. El asiento es producto de una actividad intelectual y volitiva del registrador. Puestos a traer ideas de la doctrina del negocio jurídico, si concebimos el asiento como efecto de un acto jurídico del registrador, debemos comenzar por separar dos clases de errores: el error obstativo o error en la declaración (el asiento dice lo que el registrador no quiso decir), y error vicio o en la voluntad (el asiento dice lo que el registrador quiso decir, pero lo quiso por haber entendido, interpretado o calificado erróneamente el título). Acaso esta distinción sea el sustrato más profundo de la legal, de errores materiales y errores de concepto, aunque por razones prácticas (inseguri-

(6) La Exposición de Motivos dice que «si imprudentemente se abriera la mano para facilitar las rectificaciones, se daría lugar a falsificaciones y abusos escandalosos. No debe, por otra parte, impedirse que los errores cometidos y que puedan ser perjudiciales a alguno de los interesados se corrijan oportunamente». Con ánimo de encontrar el justo medio, la Comisión adoptó un «orden gradual atendida la diferencia de casos» y formula la distinción fundamental de errores materiales y de concepto, aunque se queda con la «duda de haber formulado esta clasificación con la claridad que deseaba».

(7) LACRUZ BERDEJO *Lecciones*, 1957, pág. 355 CHICO y BONILLA, II, pág. 391

dades que originaría el criterio distintivo subyacente, especialmente si es otro registrador el que debe apreciar el error) se le dio una formulación más objetiva y simple (8).

Estaría fuera de lugar intentar analizar aquí todos los puntos que nos parecen dudosos en los títulos VII de la Ley y Reglamento Hipotecarios. Desde la inconveniente mezcla, en el artículo 321 del Reglamento, de normas sobre la rectificación de los asientos al extenderse, o antes de firmados (cuando aún no son asientos), y una vez firmados; hasta la dudosa distinción de errores materiales y errores de concepto, que hace imprecisa toda la materia, y prescindiendo del traumatismo producido en la Ley por la desaparición de la figura de los errores no rectificables (por producir nulidad) en la última reforma, ambos títulos presentan muchos puntos dudosos, por lo que consideramos poco conveniente que el Centro directivo sienta como absoluta una doctrina de total inhibición, por incompetencia general en cuestiones de rectificación de asientos.

Destacaremos, no obstante, algunos puntos dudosos que más directamente se relacionan con el caso planteado:

a) Régimen del error de concepto según resulte o no claramente.— Un precepto clave en la regulación de la rectificación de errores es el artículo 217 de la Ley. Su frase «cuando no resulten claramente de las mismas» hace anfibológico todo el precepto, pues cabe dudar de si esa frase se refiera a la totalidad de los errores que la preceden o sólo a los errores en otros asientos referentes a ellas» (a inscripciones, anotaciones o cancelaciones). La interpretación según la cual el registrador puede proceder, por sí solo, sin acuerdo unánime de todos los interesados, a la rectificación de los errores de concepto, incluso en los asientos principales, cuando resulten claramente de los mismos, es la seguida por los autores y se desprende de la Exposición de Motivos. Pero lo cierto es que a la vista del Reglamento vigente y del anterior pueden encontrarse argumentos favorables a ambas interpretaciones, y la tendencia de los registradores es extremar la cautela cuando se trata de rectificar errores de concepto. Esta cautela se refleja en la nota de calificación que fue objeto del recurso, en la cual en ningún pasaje se plantea el problema de si el error de concepto resultaba o no claramente, prefiriendo plantearse el de si se trataba de error del asiento o del título, problema que no es el mismo, aunque estén íntimamente conectados, y que tampoco resolvió.

Con la interpretación que consideramos más acertada, la separación entre errores materiales y errores de concepto, pierde valor, pues los errores de concepto que resulten claramente pasan a tener un tratamiento igual al de los errores materiales. La diferencia no resulta de referirse el error a palabras o a conceptos o juicios, sino acaso de la conformidad o disconformidad del asiento con la voluntad interna del registrador. De

(8) En el Registro francés, por razones obvias, la cuestión de los errores registrales tiene diverso planteamiento y en rigor queda reducido a la formación del nuevo fichero. En el italiano queda desbordada por el problema de la validez o nulidad de la transcripción por consecuencia de omisiones o inexactitudes en la nota: éstas sólo invalidan la transcripción cuando produzcan incertidumbre (incertezza) sobre las personas, sobre el bien o sobre la relación jurídica a que se refiera el acto, la sentencia o la demanda (art. 2665 del Código civil, que sólo hace referencia a los errores de los asientos al tratar de la responsabilidad del Registrador). La regulación portuguesa es muy similar a la española: los errores se clasifican en errores de copia y sustanciales; el conservador puede rectificar por sí solo los primeros, para ser rectificadas los sustanciales se necesita el acuerdo de los interesados y la conformidad del conservador o una decisión judicial. La regulación portuguesa es interesante para la interpretación y desarrollo de la legislación española (Arts. 226 y siguientes del Código de Registro Predial. Ver ANGEL DE LA FUENTE: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, tomo I, pág. 329.)

ahí que el verdadero error de concepto, el que no puede rectificar el registrador por sí solo, será el cometido en un asiento que fue conforme con su voluntad y pensamiento interno, ya que el error no estaba en la redacción, sino en la inteligencia, comprensión, interpretación o calificación del título. Por lo mismo, el verdadero error de concepto hace tránsito fácilmente al error producido por la redacción vaga, ambigua o inexacta del título. El registrador puede reconocer que el título era claro y, sin embargo, él lo entendió mal; pero entonces resulta claro también su error y el error de concepto del asiento.

Otra dificultad que plantea el mismo 217, con la interpretación que consideramos dominante, estriba en que la claridad parece que debe resultar del mismo asiento y no de la comparación de asiento y título. En esta trampa del precepto cayó MORELL (9). No obstante, creemos que lo razonable es que la claridad resulte de esa comparación siempre necesaria y posible aplicando las normas de proceder dadas para la rectificación de los errores materiales.

b) La providencia judicial del artículo 217 y el juicio ordinario del 218.—*Aunque el título VII de la Ley desarrolla la materia de la rectificación partiendo de la iniciativa del registrador que desea rectificar el error y determinando cuándo y cómo puede hacerlo, hay bastantes normas que parten de la negativa del registrador a la rectificación: El 217 determina que hace falta una providencia judicial ordenando la rectificación en cuanto no haya acuerdo unánime de los interesados y del registrador, y aunque está referido a los errores de concepto que no resultan claramente, hay que entender que la solución es la misma en cuanto el registrador alegue esto. A continuación, el 218 impone la necesidad del juicio ordinario para decidir la cuestión que se suscita si el registrador se opone a la rectificación por causa de error de concepto si alega que a su juicio el concepto que se supone equivocado está conforme con el título. Parece, pues, que la solución es la misma si el registrador alega que no hay error que si alega que éste no resulta claramente, aunque en un artículo se hable de providencia judicial y en otro de juicio ordinario. Confirma esto el artículo 329, apartado 2.º del Reglamento, que remite al 218 de la Ley (juicio ordinario) siempre que haya oposición del registrador a la rectificación de error de concepto, y también la Exposición de Motivos cuando al tratar de la mayor circunspección con que debe procederse respecto a los errores de concepto cuando no aparezcan claramente de los mismos asientos, añade que la providencia judicial que se exige, siempre que haya oposición, debe ser resultado de un juicio ordinario.*

Sin embargo, la cuestión no es muy segura, a pesar de todo. Acaso no tenga igual vigor la oposición del registrador cuando alega que no hay error que cuando duda sobre si resulta claro el error. Y acaso no sea muy descabellado considerar suficiente el procedimiento judicial del 323 del Reglamento, si bien ampliando las citaciones a todos los interesados, cuando el registrador simplemente duda sobre la claridad del error, pensando en esos interesados. Podría apoyarse esta solución en la expresión «providencia judicial» que emplea el 217, como el 214, frente a la de «juicio ordinario» que exige el 218, para el caso de negativa más tajante, con alegación de no existir error.

c) Quién ha de promover la convocatoria de los interesados cuando el registrador duda sobre la existencia o claridad del error.—*Los herederos de los transmitentes del solar, posibles beneficiarios de las cláu-*

(9) J. MORELL y TERRY *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 1918, págs. 675 y 677

sulas de reversión cuya pervivencia registral es el quid del recurso, solicitan la rectificación de la inscripción segunda para que se hagan constar en ella las referidas cláusulas o condiciones, dejando al registrador la elección entre el procedimiento del artículo 321 del Reglamento o el del artículo 329.

El registrador se ajusta perfectamente a la Ley y al Reglamento cuando afirma que no está ante un caso de error material que pueda por sí solo rectificar. Pero no tanto, en nuestra opinión, cuando duda si está ante un caso de error de concepto o del título. Posiblemente al registrador no se le conceda ninguna posibilidad de duda en este punto. Conforme al artículo 218 de la Ley, puede oponerse a la rectificación en cuanto afirme que no hay error del asiento, por existir conformidad con el título, pero acaso la Ley Hipotecaria no le deje la posibilidad de dudar. Ante el escrito de aquellos herederos de los transmitentes y la Sentencia nuevamente presentada, tenía todos los elementos necesarios para decidir si existió error del asiento o si éste reflejó exactamente un título con redacción vaga, ambigua o inexacta (art. 219 de la Ley). El Reglamento no es muy claro sobre el procedimiento de rectificación de errores cuando requiere el consentimiento unánime de los interesados y del registrador. El artículo 326 pone a cargo de éste las diligencias de convocatoria de los interesados encaminada a obtener el acta de conformidad en la rectificación, pero esta obligación del registrador no es tan segura cuando el error es del título, a pesar del impreciso texto del artículo 219 de la Ley.

De todas maneras, la denegación de la solicitud de rectificación por decisión unilateral del registrador era clara en la nota, y aunque opinemos que no le era lícito dudar entre el error del asiento y el error o ambigüedad del título, lo cierto es que el registrador es libre para oponerse a rectificar por sí bajo su responsabilidad con la mera constancia en la nota de no estar claro el error de concepto o el sentido de la rectificación.

Más dudosa es la suspensión de la rectificación por considerar defecto subsanable la falta de acuerdo unánime de los interesados y del registrador (o resolución judicial). Es dudoso que no esté obligado a promover por sí mismo la comparecencia de todos los interesados conforme al artículo 326; es dudoso que pueda reservar su opinión de si se está en caso de error del asiento o de error del título para opinar el último en la comparecencia de los interesados, y es dudoso, en fin, que sus vacilaciones sobre si el asiento reflejó exacta y correctamente el título puedan quedar pendientes de las opiniones de los interesados en la convocatoria.

E) LA RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.—La jurisprudencia antigua de la Dirección también se mostró reacia a considerarse competente para entender de la rectificación de asientos ya practicados. La Resolución de 30 de abril de 1908 estimó que aunque se haya practicado una inscripción con infracción de las disposiciones de la Ley y de su Reglamento no puede cancelarse ni rectificarse su contenido por la Dirección, pues esto sólo debe hacerse previo consentimiento de los interesados a quienes pueda perjudicar, o por mandato de los Tribunales. La de 6 de marzo de 1883 declaró que cuando el registrador deniega la rectificación solicitada por error de concepto, la cuestión que se suscite ha de decidirse en juicio ordinario y no procede el recurso gubernativo. Y la de 13 de enero de 1893 afirmó que extendida ya una inscripción, del modo que el registrador estimó más arreglado a derecho, no es procedimiento adecuado para impugnarla el de un recurso gubernativo, que tiene otro objeto y supone una calificación que aún no ha causado estado en el Registro, sino el de la rectificación

promovida por los interesados si reputasen que en el asiento se había padecido error de concepto (10).

F) LA CALIFICACIÓN NEGATIVA IMPLÍCITA.—*No obstante esta reiterada jurisprudencia, la doctrina de que no se puede discutir en un recurso gubernativo la procedencia o corrección de una inscripción ya practicada acaso sea excesiva, entendida en términos absolutos. En la Resolución últimamente citada se desliza una frase que puede conducirnos a una grave cuestión: ¿Cuándo se entiende que una calificación ha causado estado si es sólo externamente favorable? La inscripción de un título, ¿cierra el paso al recurso del interesado que alega que aunque se ha inscrito se ha inscrito mal por calificación equivocada? No parece que haya diferencia sustancial entre negar la inscripción de un título y practicar la inscripción en términos improcedentes. En este último caso, ¿cabe impugnar la calificación y el asiento por recurso gubernativo interpuesto en plazo? Posiblemente la Resolución da por supuesto que la calificación que genera asiento siempre causa estado desde su práctica. Esta es la idea que reflejan los Tratados de hipotecaria cuando limitan el recurso a la calificación que suspende o deniega la inscripción; pero en alguna ocasión el problema ha preocupado a la Dirección General y aparece claramente planteado en la Resolución de 9 de enero de 1923.*

En el caso de esta resolución se discutía sobre la posibilidad de inscribir una cancelación de hipoteca otorgada por quien figuraba meramente como usufructuaria del crédito hipotecario en el Registro, cuando el recurrente estima que era poseedora de bienes sujetos a condición resolutoria pendiente, en el sentido del artículo 109 de la Ley Hipotecaria anterior a la vigente (heredera fiduciaria, indica la Dirección). En los «considerandos» examina previamente la posibilidad de que se ventilen en el procedimiento gubernativo cuestiones directamente relacionadas con la rectificación de asientos; presenta como dos polos opuestos la facultad de los interesados para recurrir contra la calificación del registrador (art. 66) y el apotegma de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 51 del Reglamento anterior y 1.ª de la Ley vigente); afirma que si el recurso no ofrece duda cuando el Registrador deniega o suspende, no aparece con tanta claridad, si cabe cuándo no se ha inscrito el contenido íntegro de un título, o la inscripción (no) (11) se haya extendido en la forma propuesta por los interesados; acude al criterio de que el estado de derecho creado por los asientos afecta a todos (llamados en segundo lugar, y terceros), y en aras de este criterio es necesario evitar las oscilaciones jurídicas que se provocarían

(10) Tienen también relación más o menos directa con el problema las Resoluciones de 29 de noviembre de 1897, 13 de junio de 1902, 21 de enero de 1875, 13 y 19 de septiembre de 1883, 29 de marzo de 1892, 7 de junio de 1894, 29 de noviembre de 1897, 13 de junio de 1902, 23 de noviembre de 1915 (*), 9 de enero de 1923, 4 de junio de 1924, 13 y 27 de diciembre de 1930 y 7 de agosto de 1933.

(*) La Resolución de 23 de noviembre de 1915 se refiere al siguiente caso. En base a un testamento en que se imponía un fideicomiso condicional en el tercio libre, reforzado por una prohibición de enajenar de los inmuebles de la herencia a la hija heredera, se otorgó una partición por el comisario y la viuda del testador. A la muerte de la hija pide la inscripción, como única heredera abintestato su madre, de los bienes inscritos a su favor. Prescindiendo de las cuestiones planteadas, en el fondo de la cuestión (si hubo sustitución fideicomisaria condicional o pupilar y si cabe partir adjudicando bienes concretos en pago de cada uno de los tercios sin intervención de los sustitutos condicionales), la Dirección entiende que las inscripciones hechas a favor de la hija no pueden ser rectificadas ni contrariadas gubernativamente, y que por tanto, las fincas inscritas en pleno dominio por su legítima o en nuda propiedad por mejora, sin condición especial deben seguir en el Registro los desenvolvimientos naturales de la propiedad libre por las normas ordinarias de la sucesión sin prejuzgar el resultado del pleito promovido por el sustituto, garantizado, por otra parte, con la anotación preventiva de la demanda.

(11) Posiblemente por error de imprenta, falta el "no" en el Anuario

si tan sólo con añadir a los títulos ya inscritos nuevos documentos sin virtud traslativa se consiguiera modificar las inscripciones realizadas; y establece los siguientes condicionamientos para entablar un recurso gubernativo contra la calificación de un título que se ha inscrito: que se respete la sustantividad del asiento ya extendido y no se pretenda en forma indirecta la cancelación; que no se tratará de sustituir una calificación que ha agotado la fuerza real del título por otra, del mismo o distinto registrador, provocada muchos años después; que no se prive de valor jurídico a la voluntad del interesado manifestada en un primer documento en términos a los que se ajuste la inscripción hecha (en el caso la titular se calificó, a sí misma, de usufructuaria vitalicia), y, en fin, que al menos hubiera indicaciones en la nota primitiva, contra la cual en cierto modo se recurre, que sirvieran de apoyo formal al recurso.

En este interesantísimo «considerando» parece quedar muy limitado el ámbito del recurso contra la calificación externamente favorable, pero en el fondo desfavorable. No obstante, si prescindimos de las limitaciones expresadas pensando directamente en el caso (calificación provocada muchos años después, cambio de voluntad del interesado, etc.), y si añadimos, en cambio, el requisito de estar iniciado el recurso en plazo, tendremos que llegar a la conclusión de que el criterio de la Dirección en esta Resolución era totalmente favorable, en principio, al recurso contra la calificación improcedente aunque haya conducido a la inscripción del título. Solamente el requisito de que en la nota haya indicaciones queda como serio obstáculo para el recurso contra inscripción, tan serio, que equivale a excluir el recurso en todo caso, pues si la nota confiesa haber denegado o suspendido alguna parte, concepto o cláusula del título, o haber practicado la inscripción en determinados términos, distintos de los del título, ya estamos en los terrenos de la calificación denegatoria o suspensiva. Creemos que la Resolución no llegó a profundizar en el sentido de la nota, que es elemento fundamental para el recurso contra la calificación externamente desfavorable, pero que es elemento indiferente e inofensivo en la calificación desacertada y externamente favorable (12).

Es verdad que por este camino las inscripciones ya practicadas quedarían sometidas a un régimen distinto según se esté dentro o fuera del término de recurrir. Dentro de él podrían ser objeto de recurso gubernativo; fuera de él solamente podrían ser rectificadas por el procedimiento de rectificación de errores, excluido del recurso gubernativo. El transcurso de un día cambia totalmente la situación; pero no debemos olvidar que todos los casos de la influencia del tiempo en los derechos llevan en sí ciertos tonos de paradoja.

G) OTRAS RESOLUCIONES SOBRE RECTIFICACIÓN DE ERRORES.—Frente a las Resoluciones que en base a esta doctrina terminaron con la inhibición del Centro directivo en materia de errores nos encontramos las también abundantes en que se resolvió sobre la misma materia.

La Resolución de 10 de enero de 1900, que determinó que no hay error del asiento y no puede exigirse su rectificación cuando esté conforme con el título; la de 28 de febrero de 1879 sobre equivocación de apellido en título y en inscripción; la de 17 de febrero de 1887 sobre alteración del orden de los apellidos del adquirente en la inscripción; la de 28 de abril

(12) La laguna legal sobre la posibilidad de recurso contra la calificación desfavorable no obstante haber causado asiento, no la cubre la imperfecta, por incompleta, regulación del artículo 434 del Reglamento. Este precepto no deja sin determinar lo que ocurre: si el Registrador deniega la estipulación o pacto sin procurar obtener la conformidad del presentante a la denegación; si el verdadero interesado no coincide con la opinión del presentante, si la denegación resulta implícita sin reflejarse en la nota al pie, etc

de 1866 y 28 de febrero de 1879, que declaran errores materiales rectificables, la omisión del nombre y apellidos de uno de los adquirentes y el error en un apellido, respectivamente, y la de 2 de octubre de 1865, que llegó a considerar rectificable el inscribir a nombre de una persona una finca que no se le transmitía en el título. Las Resoluciones de 21 de enero y 31 de marzo de 1875 declararon no ser rectificables la omisión del nombre y apellido de la persona a cuyo favor procede la inscripción. Es verdad que estas Resoluciones tienen por objeto el deslindar el error material rectificable del error que produce nulidad de la inscripción; pero creemos que la desaparición de esta distinción en la nueva Ley no afecta a la cuestión general de las atribuciones de la Dirección en orden a la rectificación de errores. La Resolución de 16 de enero de 1882 reconoció que la rectificación puede promoverse por el mismo registrador o por alguna persona interesada, sea o no la que conserve el título en su poder. Otras Resoluciones tratan del aspecto formal de la rectificación, determinando improcedente hacerla por nota (31 de agosto de 1863 y 8 de marzo de 1864). La de 5 de octubre de 1875 determinó que es el registrador que cometió el error con el que hay que contar para el acuerdo de rectificación, y la de 2 de mayo de 1880 determina quiénes deben considerarse interesados a los efectos del mismo acuerdo. Las Resoluciones de 18 de abril de 1864, 29 de abril de 1874 y 2 de octubre de 1865 tratan de la posibilidad de cancelar asientos practicados por error derivado de creer que no estaba inscrita finca que en realidad lo estaba a favor de tercera persona; el que la solución de cada una de ellas sea un tanto diversa no deja de aumentar el número de casos en los que la Dirección ha resuelto sobre rectificación de errores, aunque sea meramente para marcar el camino procedente o los requisitos que han de cumplirse para la rectificación.

H) SOLUCIÓN ECLÉCTICA QUE SE PROPUGNA.—A pesar de la larga lista de Resoluciones dadas por el Centro directivo en materia de errores de los asientos, no creemos que ello desmienta la doctrina de que la rectificación no procede nunca en virtud de acuerdo gubernativo. Efectivamente, la autoridad de la Dirección nunca puede imponerse sobre la voluntad del registrador o de los interesados que se oponen a la rectificación amparándose en los preceptos de la Ley Hipotecaria que refieren la solución del conflicto o bien a la actuación libre del registrador por sí y bajo su responsabilidad, o bien a la providencia judicial, o al juicio ordinario. Cosa distinta, en nuestra opinión, es que la Dirección no pueda y deba, como órgano superior de la jurisdicción voluntaria atribuida al registrador, imponer a éste el recto entendimiento e interpretación de la Ley Hipotecaria y su Reglamento en cuanto se refieren a la rectificación de errores o a una determinada calificación jurídica de los títulos y los asientos que deban analizarse para la apreciación del supuesto error.

Una demostración de que ambas cosas son distintas es precisamente el caso planteado ante el registrador de la Propiedad de Alicante. El punto clave del recurso está en la alegación de que si el registrador entendía había error debió convocar a los interesados a fin de proceder a su rectificación. Aunque la Resolución no aclara si el registrador o los propios interesados intentaron, antes o después de la nota calificatoria, obtener la voluntad favorable de la Congregación Salesiana, y aunque parece que fue la oposición de ésta lo que impidió la formalización del convenio del artículo 326 del Reglamento, nos permitimos opinar que había en el recurso, cuando menos, dos cuestiones poco claras en la Ley y el Reglamento, íntimamente enlazadas, sobre cuya decisión la apelación al Centro directivo y su competencia eran indudables: Determinar si el registrador puede dejar en duda su criterio sobre si existe o no error

en el asiento, y si esta duda le exime de iniciar la convocatoria a los interesados que regulan los artículos 326 y 329.

En nuestro caso existen muchas complicaciones en torno al artículo 219 si el registrador o la Dirección hubiesen estimado que el error fue producido por redacción vaga, ambigua o inexacta del título primitivo, en razón al carácter judicial de éste y a la desaparición del Juzgado especial que dictó la sentencia; pero antes de todo ello está la cuestión de si el registrador puede dudar (haciendo precisamente de esta duda el objeto del recurso) o tiene que decidir tajantemente: que hay error rectificable por el mismo y practicar la rectificación; que hay error no rectificable por él sólo y promover la convocatoria encaminada a conseguir el asentimiento u oposición de los interesados; o que no hay error por estar conformes asinto y título, poniendo al interesado en el trance de iniciar el juicio ordinario del artículo 218 de la Ley.

No puede negarse que la posición de duda del registrador, si no se conceden al Centro directivo facultades para despejarla, coloca al solicitante de la rectificación en posición muy desfavorable. Acaso no vea otro camino que la demanda en juicio ordinario y luego se encuentre con que todos los interesados y el propio registrador (animado por esta unanimidad) estaban conformes en la rectificación; acaso consiga, después de muchas gestiones, la comparecencia de todos los interesados conformes y entonces el registrador haya dejado de dudar y se oponga a la rectificación.

El que en el caso concreto (si, como parece, la Congregación Salesiana se oponía) todo este planteamiento resulte bizantino (13) no debe dispensarnos de insistir en que los títulos de la Ley Hipotecaria y su Reglamento dedicados a la rectificación de los errores tienen lagunas e imprecisiones como cualquier norma escrita, y que para llenarlas la Dirección General tiene no sólo indudable competencia, sino un amplio campo sin rozar para nada la de los jueces y Tribunales y sin obstaculizar tampoco la voluntad del registrador allí donde la Ley le ha permitido decidir sobre la rectificación por sí y bajo su responsabilidad.

De la Ley y el Reglamento puede deducirse un resquicio por el cual el recurso gubernativo se proyecte en la rectificación de errores: la negativa del registrador a una rectificación del Registro fundada, precisamente, en la duda sobre la existencia o naturaleza del error o en torno a la mecánica rectificatoria del error reconocido. Acaso también cuando la discusión entre interesados y registrador surge en torno a los términos del asiento rectificatorio. Si no podemos descartar la posibilidad de una indecisión del registrador sobre el error, derivada de un problema de calificación del título que se supone inscrito con error de concepto, sin que exista divergencia entre los interesados, ni siquiera plena oposición entre éstos y el registrador, sino seguridad en ellos y duda en el registrador, acaso sea excesivo exigir en este caso el procedimiento judicial ordinario y el camino razonable fuese el recurso gubernativo (14).

(13) En la realidad práctica del caso debatido el problema carece de importancia si la Congregación Salesiana se opuso efectivamente a la rectificación, como parece resultar del último considerando y del Informe del Registrador cuando afirma que no hubo acuerdo de todos los interesados. Era suficiente esa oposición para que el contenido registral, incorrecto o no, estuviera bajo la salvaguarda de los Tribunales y el recurso judicial fuera imprescindible. La nota de calificación es poco expresiva en cuanto a la efectiva oposición de dicha Congregación, que pasaba a ser cuestión fundamental, dada la falta de clara oposición del Registrador. No obstante, la interposición del recurso es suficiente indicio de que aquella oposición (o al menos una resistencia pasiva a la comparecencia de convenio) existió.

(14) Parece oponerse a la intervención de la Dirección en estos casos en que el Registrador duda sobre errores de los asientos el artículo 273 de la Ley, pues al fin y al cabo habría una implícita consulta sobre una cuestión sujeta a su calificación, pues calificación hay en el examen de la solicitud de rectificación. Si nos atenemos a este precepto la solución parece ser que el

I) RESUMEN GENERAL.—En resumen, aunque estimamos correctos todos y cada uno de los «considerandos» de la Resolución, creemos que no se debe generalizar su doctrina en exceso, fuera del supuesto contemplado, basándose en una interpretación excesivamente literal de aquéllos. En principio, conviene dar una interpretación restrictiva a esta Resolución en los siguientes aspectos:

— El recurso gubernativo no queda excluido en todo caso de extensión del asiento. Es necesario que la doctrina y la Dirección marquen un ámbito razonable al recurso contra la calificación que, no obstante causar asiento, es realmente desfavorable, dados los términos en que éste se ha practicado. Para ello debe partirse de los apartados segundo y tercero del artículo 434 del Reglamento y tener a la vista los artículos 66, 258 (15) y 260, 3.º de la Ley; pero sobre la literalidad de estos y otros muchos artículos debe prevalecer el principio de que donde hay la misma «ratio» la Ley debe disponer lo mismo. Sin olvidar, naturalmente, la gran diferencia que hay entre existir ya y no existir aún, un asiento determinado en el Registro, para matizar las diversas consecuencias del recurso contra la calificación que suspende o deniega la inscripción y la que formalmente la admite aunque en términos no quedados por el interesado.

— La calificación contra la que cabe recurrir no es siempre la normal y ordinaria referida a un título (material y formal). Puede recaer sobre una solicitud de cancelación por caducidad, por extinción «ex lege» de derechos, por confusión; asientos derivados de cumplimientos de condiciones... En estos y otros muchos casos hay una calificación del registrador susceptible de recurso sin que propiamente pueda hablarse de un título que pretenda ingresar en el Registro, y sin que tampoco haya lugar a la aplicación del apotegma de que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales para deducir incompetencia de la Dirección para resolver el conflicto planteado por la negativa del registrador.

— También en materia de rectificación de errores es conveniente restringir la doctrina inhibicionista de la Resolución. Es cierto que el Centro directivo no puede suplir el consentimiento del registrador ni el de los interesados allí donde la Ley Hipotecaria ha establecido claramente que hace falta providencia judicial o sentencia en juicio ordinario para superar esta falta de consentimiento. Pero cuando no se trate de esto, sino de decidir toda clase de desacuerdos entre interesados y registrador sobre la calificación del error o sobre el procedimiento legal para su rectificación, si debe acudir la Dirección a interpretar la norma discutida de la Ley o el Reglamento Hipotecario y determinar en alzada de jurisdicción voluntaria lo procedente.

T. C. G.

Registrador no puede dudar en la inteligencia y ejecución de la Ley o de su Reglamento, pero no es muy seguro que la «ratio legis» del 273 se extienda a nuestro problema, porque la vacilación no surge en una calificación propia y actual, sino en la interpretación de una calificación anterior, posiblemente hecha por otro Registrador distinto del que ahora duda, y puede defenderse que el caso presenta más analogía con las consultas que por versar sobre la organización o funcionamiento del Registro son admisibles, aunque se efectúen para el caso concreto y cuando se ha de practicar un asiento conforme a dicho artículo de la Ley y el 481 del Reglamento.

(15) Acaso este supuesto especial de petición de minuta regulado en el artículo 258 de la Ley y 385 del Reglamento deba ser reconsiderado en una futura reforma, pues creemos que es un residuo olvidado de la primera instancia ante el Juez delegado en el recurso gubernativo. El error u omisión en la minuta como calificación desfavorable «in iunere» debe tener el tratamiento de toda calificación del Registrador.

(16) Interesante problema de fondo planteado en el caso, en el que aún menos queremos entrar, es el de la posición de la Caja de Ahorros del Levante de España. Una Resolución de 2 de mayo de 1880 trata de quienes deben considerarse interesados que han de intervenir en la rectificación de errores. La coordinación del artículo 220 de la Ley con el último párrafo del 40 no es muy sencilla ni este último deja de plantear graves cuestiones.

Resolución de 9 de marzo de 1971 («B. O. del E.» de 26 de marzo.)

A) *Antecedentes de hecho.*—Al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, y en virtud de certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Guardia Civil de Málaga el 11 de diciembre de 1967, se inmatriculó a favor del Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, en el Registro de la Propiedad de la nombrada ciudad, al tomo 1003, folio 223, finca 122, una parcela de terreno sita en el Rincón de la Victoria, junto a la carretera de Málaga a Almería, lindante a la zona marítima; que, en instancia dirigida al Registrador de la Propiedad de Málaga, suscrita el 4 de diciembre de 1969 por don Buenaventura Cano Portal, general de la Guardia Civil, domiciliado en la referida ciudad, el interesado exponía que el terreno señalado anteriormente era en realidad un solar que, previa segregación, le había vendido la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, mediante escritura de fecha 15 de septiembre de 1967, otorgada ante el Notario don José Manuel Avila Plá; que esta finca se había reinscrito en el Registro a nombre de la sociedad vendedora el 11 de septiembre de 1967 en el tomo 1003, folio 84, finca número 1.090, con nota en la inscripción primera de que la reinscripción «no favorecerá ni perjudicará a tercero sino después de su fecha», y que, como consecuencia de lo expuesto, había promovido la oportuna reclamación ante la Dirección General del Patrimonio del Estado y entablado el consiguiente recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por lo que solicitaba, en espera de la oportuna decisión, que se practicara anotación marginal al asiento de inmatriculación de la mencionada finca, que acreditaría ante posibles terceros la existencia del litigio antes indicado.

El día 5 de diciembre de 1969 se presentó ante el Registrador la anterior instancia, acompañada de una certificación de la Secretaría de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, acreditativa de la tramitación ante la misma del mencionado recurso, así como de otra que acreditaba haberse aportado al procedimiento una certificación del Registro de la Propiedad de Málaga comprensiva de las descripciones de las dos fincas señaladas, siendo calificada con la siguiente nota: «Se deniegan las operaciones que se solicitan, porque el excelentísimo señor dicho no es titular registral de la finca a que hace referencia, adquirida de la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, y porque, aunque lo fuera, dando por supuesto que se considerara que se está ante el fenómeno de doble inmatriculación, es al Juez competente a quien debe dirigirse, pidiendo la extensión de la nota a que se refiere el artículo 313 del vigente Reglamento Hipotecario, a los efectos que dicho precepto previene; sin que el recurso contencioso-administrativo en trámite a que se refiere la certificación que se adjunta pueda determinar nada que contradiga el texto citado. Y siendo el defecto insubsanable, no procede la anotación preventiva, aunque se solicitara.»

Don Buenaventura Cano Portal interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que, previa segregación formalizada el 15 de septiembre de 1967 por la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, ante el Notario de la misma capital don José Manuel Avila Plá, adquirió a la sociedad citada, por título de compra y ante el señalado fedatario, una parcela de terreno procedente de una finca que dicha Compañía de Ferrocarriles había adquirido en 1 de mayo de 1907 a don Salvador Domínguez Arias, cuya adquisición se inscribió en el Registro, y, al ser destruido éste durante la Guerra de Liberación, se reinscribió de nuevo por la Compañía de Ferrocarriles el 11 de septiembre de 1967, en el tomo 1003, folio 84, finca número 1.090, ins-

cripción primera, con nota de que la reinscripción «no favorecerá ni perjudicará a tercero sino después de su fecha»; que, mediante certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Málaga, el 11 de diciembre de 1967 se inmatriculó en el Registro de la capital, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la misma finca, como si perteneciera al Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, Dirección General de la Guardia Civil, en el tomo 1003, folio 223, número 1.122, sin que pueda sorprender demasiado la práctica de este asiento, dada la modificación administrativa del término municipal antes llamado Ayuntamiento de Benagalbón y después Ayuntamiento de Rincón de la Victoria; que al tener noticia de que la Administración se atribuía la propiedad de aquella suerte de tierra, promovió la oportuna reclamación administrativa, que fue desestimada, viéndose forzado a interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya vista se ha celebrado el 14 de marzo de 1969, pero sin que hasta el momento de iniciarse este recurso se haya dictado sentencia; que el 4 de diciembre de 1969, y ante la proximidad de la terminación del plazo de dos años a partir de la inmatriculación de la finca como perteneciente al Patrimonio del Estado, se dirigió al Registrador de la Propiedad solicitando la extensión de una nota marginal o asiento similar que asegurase el derecho del peticionario; que ni el artículo 66 de la Ley Hipotecaria ni el 112 de su Reglamento exigen que quien interponga el recurso haya de ser titular registral, pues sólo hablan de «interesado», y no cabe duda de que el recurrente tiene este carácter; que el artículo 313 del Reglamento Hipotecario no es aplicable al caso, ya que se trata de un conflicto con la Administración en virtud de una inmatriculación realizada al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y en la cual la fe pública queda en suspenso durante el plazo de dos años, según el artículo 207, plazo que tiene por objeto permitir a los que se consideren perjudicados la utilización de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para tratar de dirimir la discordancia; que ha de tenerse en cuenta, además, el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que no permite acudir a la jurisdicción civil mientras no se agote la vía administrativa, lo que confirma la no aplicación del referido artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que únicamente remite a la primera; que el artículo 1115 del Código civil lleva a idéntica conclusión; que al resultar claro que no puede aplicarse el artículo 313, hay que acudir al 298 del mismo Reglamento y, sobre todo, al 306, en virtud del cual las certificaciones en contradicción con inscripciones anteriores no provocan su desestimación desde la raíz, sino que pueden ser objeto de una anotación preventiva si así lo solicita la Administración, y después los Tribunales de lo civil dirimirán la discordancia, pero a petición de la Administración; y que favorecen su postura el artículo 3.º de la Ley de 17 de julio de 1945, los puntos V y VII de la Ley de 17 de mayo de 1958, los artículos 6.º, 16, 1115 y 1116 del Código civil y, a *sensu contrario*, el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 206 de su Reglamento.

El Registrador informó: Que la escritura de compraventa alegada por el recurrente no ha tenido acceso al Registro, por lo que no puede ser calificada ni saber el informante el interés que pueda tener el recurrente; que le parece incongruente la alegación que se hace de los preceptos del Fuero de los Españoles y de los Principios del Movimiento; que los asientos del Registro son tasados, y, en caso de doble inmatriculación, es el Juez el que puede ordenar la anotación preventiva correspondiente; que la aplicación a la inversa del artículo 206 del Reglamento Hipotecario (debe referirse al 306) no está entre las facultades del Registra-

dor; y que, en definitiva, es el Juez quien puede ordenar la anotación preventiva del artículo 313 o, en su caso, del procedimiento entablado si éste se hubiese ya iniciado.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, por estimar, de acuerdo con este funcionario, que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y la anotación que pretende el recurrente sólo puede ser ordenada en mandamiento judicial.

El recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, por entender no es aplicable el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, sino más bien el 298, más amplio, pues cuando se trata de un asiento en que, por ser interesada la Administración, no se puede acudir directamente a los Tribunales ordinarios, sino que hay que agotar previamente la vía administrativa, el ordenamiento jurídico no puede dejar desamparado al particular, y el Registrador, de conformidad con disposiciones generales que cubren la laguna existente, debe acceder a lo solicitado.

La Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—Vistos los artículos 42, 205, 206 y 207 de la Ley Hipotecaria; 112, 298, 300-306 y 313 del Reglamento para su ejecución.

Considerando: Que entre las personas que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario enumera para poder entablar el recurso gubernativo —aquella a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción o que tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto—, no cabe incluir la del recurrente, que al no haber presentado en el Registro la escritura de compraventa de la que dice resultar la transmisión de la finca a su favor y no haberse podido tener en cuenta, en consecuencia, para la calificación, en principio, carece de interés, desde el punto de vista registral en la situación de doble inmatriculación que dice haberse planteado.

Considerando, por otra parte, que la nota marginal que pretende el recurrente practicar al margen del asiento de inmatriculación para acreditar ante terceros el litigio entablado no tiene encaje en la mecánica registral en la forma solicitada y con los documentos presentados, ni puede fundamentarse en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, que se limita a establecer la suspensión de los efectos del principio de *fides publica* para las adquisiciones hechas por terceros de buena fe durante un plazo de dos años a partir de la inmatriculación, sino que habrá de ser ordenada por el Juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, si se opta por el procedimiento señalado en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, o, incluso, en vez de nota, por la anotación preventiva de demanda, si se decreta por el Tribunal competente a petición del interesado.

C) *Comentario*.—En la resolución que se comenta surgen con entera claridad dos diferentes situaciones: a) la registral, originada por la inmatriculación de la certificación de dominio con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, y b) la situación extrarregistral, que es la que pretende reflejarse en el Registro a través de una instancia suscrita por persona diferente del titular registral de aquélla.

Es evidente que el juego de los principios del sistema sólo puede operar a través de la presentación de los títulos en el Registro; si no hay presentación, no hay entrada en el mundo registral. Por ello, la pretensión del solicitante no inscrito no es admisible. Si ha adquirido como dice debe acreditarlo presentando la escritura o título de adquisición, que será objeto de calificación por el Registrador en el sentido

de practicar, suspender o denegar el asiento solicitado. Si el Registrador deniega o suspende—lo que será su actuación normal, por encontrarse la finca ya inmatriculada—, queda abierta al presentador la posibilidad no sólo de interponer el recurso gubernativo, sino también el iniciar el correspondiente procedimiento judicial tendente a la cancelación del asiento contradictorio. Si el Registrador practica el asiento solicitado, también puede el interesado—si existe doble inmatriculación—pedir judicialmente la extensión de la nota prevista en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario al margen de cada finca. En uno y otro caso, así como en el genérico de interposición de demanda, la legislación hipotecaria le concede la facultad de garantizar su posible derecho en la forma prevista en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y 139 del Reglamento Hipotecario, a través de la correspondiente anotación preventiva, por mandato judicial.

Este sencillo proceder no es el que ha seguido el recurrente, que, en abierta oposición a los principios y mecánica del sistema registral, pretende la extensión de una nota marginal que acredite su reclamación contencioso-administrativa. Por ello, la nota calificadora es correcta, al igual que es acertada la doctrina de la Dirección General al señalar que el solicitante recurrente no está legitimado para entablar el recurso gubernativo por no encontrarse comprendido en los casos del artículo 112 del Reglamento Hipotecario.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ Y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

II. DERECHOS REALES

*ACCION REIVINDICATORIA Y NEGATORIA DE SERVIDUMBRE.
CONSTRUCCION EXTRALIMITADA DE BUENA FE (SENTENCIA DE
29 DE ABRIL DE 1970).*

Se constituyeron en una escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad las servidumbres de vistas, luces, alero y prolongación de las construcciones de la finca dominante a partir de la altura del primer piso de ésta. Sobre el predio dominante se construyó un edificio con apoyo de una serie de columnas sobre el terreno del predio sirviente y otras obras que, en opinión del titular de este último predio, suponían una ampliación de las servidumbres constituidas, pues no se había previsto en la escritura una servidumbre de vuelo. El titular del predio dominante edificado alega que la construcción se hizo con arreglo a un croquis y documento suscrito por él y el titular del predio sirviente, por lo que no procedía alterar las obras realizadas.

Así se plantea el caso ante el Juzgado de Primera Instancia, que soluciona la cuestión aplicando la teoría de la construcción extralimitada, que da lugar a un supuesto de accesión invertida, adquiriendo el dueño del edificio la parte de terreno invadida en el predio sirviente a cambio de la consiguiente compensación económica. Es decir, se deja aparte y a salvo la escritura de constitución de servidumbres, las cuales continuán subsistentes, pero se amplía la regulación de las relaciones entre los predios vecinos, a través de la adquisición por accesión inadvertida del dominio de parte del terreno ajeno. Con ligeras variantes, esta es la postura de la Audiencia Territorial.

El titular del predio sirviente invadido por la construcción, interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para que se rectifique la construcción, reivindicando el dominio de la finca de su propiedad y negando la existencia de servidumbre de vuelo, pues el derecho de pro-

piedad, en principio, se presume libre, a menos que se demuestre la constitución de titularidades limitadas sobre la finca, cosa que no sucedía en este caso.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de abril de 1970, siendo ponente el magistrado don Andrés Gallardo Ros, no admite el recurso interpuesto considerando que no puede admitirse la tesis del recurrente, que «denuncia violación, por no aplicación del principio de derecho de que la propiedad se estima libre, salvo prueba en contrario, mencionado por la doctrina que cita, porque para apoyar el mismo se parte del erróneo supuesto de no haberse acreditado la existencia de una servidumbre, cuando realmente la Sala lo que declara es que el demandado debe indemnizar la propiedad del terreno ocupado haciéndolo suyo, ya que da al mismo carácter de accesoriedad respecto a la construcción».

Comentario.—Como se acaba de decir, el caso consiste en que en el predio dominante se ha construido un edificio invadiendo en parte el predio sirviente y alterando, por ampliación, las servidumbres establecidas en la escritura.

Ante este caso cabe preguntar: ¿Se puede aplicar la solución de la teoría de la accesión invertida por construcción extralimitada? Las Sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia, confirmadas por el Tribunal Supremo, así lo entienden. No así el comentarista de esta Sentencia.

El supuesto de construcción en suelo ajeno se regula en el Código civil en el capítulo de la accesión, y concretamente en el artículo 361, que dice así: «El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.»

¿Se aplica este artículo al supuesto de construcción extralimitada o asentada en parte en suelo propio y en parte en suelo ajeno? El citado artículo 361 no se refiere a este caso especial. El Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de mayo de 1949 y 17 de junio de 1961) no lo aplica, pues dio la solución de que lo accesorio sigue a lo principal, lo que producirá en la mayoría de los casos (y en los supuestos de esas Sentencias y de la comentada) un supuesto de accesión invertida, pues se atribuye la calidad de principal al edificio unido al suelo del edificante cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe.

Ahora repetimos la pregunta hecha al principio: ¿Se puede aplicar la teoría de la construcción extralimitada al supuesto de esta Sentencia en que están perfectamente delimitadas por las inscripciones registrales las propiedades de las fincas colindantes, dominante y sirviente? Aun a costa de no opinar como el Tribunal Supremo, no tengo más remedio que decir que no comparto dicha opinión.

Es cierto que se da el requisito objetivo del supuesto de construcción extralimitada en este caso, consistente en que existe una edificación parcialmente asentada en suelo ajeno (se apoyaron una serie de columnas en el predio sirviente). Pero creo que no existe en este supuesto el requisito subjetivo que se exige para aplicar la teoría de la accesión invertida, consistente en la buena fe. Y no es que diga que el constructor no actuó de buena fe, pues en el pleito quedó probada dicha buena fe, sino que ésta, en mi opinión, no es la buena fe que exigen los supuestos de accesión, sino que fue una buena fe de realizar una construcción conforme a lo pactado, pero no una buena fe de creer que el suelo ajeno pertenecía al constructor.

Y es que la buena fe tiene diferentes sentidos. En materia de accesión, tanto directa como invertida, la buena fe consiste en la creencia por par-

te del que edifica de que el terreno le pertenece a él en propiedad. Así se desprende de la interpretación lógica de los supuestos de accesión en relación con el artículo 433 del Código civil.

La interpretación lógica del caso de accesión por construcción extralimitada consistirá en que se exija un requisito de fuerza suficiente para producir el efecto adquisitivo de la accesión, porque el resultado ha de ser congruente con el efecto. Por ello, como en los casos de accesión el efecto es la adquisición del dominio, la buena fe requerida será la que se cifre en una creencia en la propiedad o dominio del suelo edificado, no en una creencia de que la construcción se realiza en suelo ajeno aunque creyendo que es conforme a lo pactado.

Por otro lado, el artículo 433 del Código civil define la buena fe en el sentido de reputar «poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». En este caso, al parecer, el que edificó no ignoraba que el suelo era ajeno, por lo que no existe buena fe suficiente para que se produzca un *modo de adquirir el dominio* por accesión.

Ello aparte de que podría decirse que el constructor tiene una buena fe contra los pronunciamientos del Registro de la Propiedad, y ello es discutible admitirlo en este caso, en que están delimitadas claramente las superficies y linderos de las fincas colindantes en el Registro.

En conclusión, opino que la buena fe del constructor no puede tener fuerza suficiente para producir la accesión invertida, con la consiguiente adquisición del dominio del suelo.

A lo sumo podría admitirse la adquisición por parte del constructor de una titularidad limitada sobre el terreno (derecho de superficie, de servidumbre u otro similar), aplicando por analogía la teoría de la accesión.

Ahora bien: esto es muy discutible, pues la teoría de la accesión está referida en el Código sólo al dominio, por lo menos de una manera expresa. De todos modos, creo que sería justo arbitrar, en casos como éste, la fórmula de la adquisición por accesión de una titularidad *limitada*, cuando, como sucede aquí, la buena fe es suficiente para producir dicha adquisición limitada (no la adquisición dominical plena). El propio artículo 361 del Código, en su último párrafo, prevé la constitución de un derecho sobre lo que se ha sembrado que no es el de propiedad, pues la siembra producirá una situación provisional. Y, además, alude a dicha adquisición por el que siembra a través del pago de la «renta correspondiente», a diferencia del caso de construcción o plantación en que habla del pago del «precio del terreno». Es decir, en el propio artículo 361 se prevé la adquisición, conforme a las normas de la accesión, de una especie de derecho de aprovechamiento del terreno sembrado pagando una renta.

GRAVAMEN DE REVERSION DE FINCAS DONADAS: *Para que prospere el recurso de casación debe citarse con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se considere infringida y el concepto en que lo hayan sido* (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1970).

Nada de carácter sustantivo ni con novedad nos ofrece esta Sentencia, conteniendo sólo doctrina procesal sobre los requisitos del recurso de casación con motivo de un caso de gravamen de reversión de fincas donadas.

Declarado vigente el Juzgado de Instancia y la Sala de la Audiencia el citado gravamen de reversión a favor de los herederos del donante establecido para el caso de desaparición de la entidad bancaria, el Tri-

bunal Supremo, ante el recurso de casación interpuesto por interpretación errónea e inaplicación indebida del artículo 785 del Código civil y de la cláusula 5.ª de la escritura de donación en relación con los artículos 641 y 781 del mismo Código, no admite el recurso, considerando «que en el planteamiento de ambos motivos se mezclan conceptos heterogéneos, en contra de lo prescrito en el artículo 1720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que se cite con precisión y claridad la Ley o doctrina que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido».

J. M. G. G.

NULIDAD DE MARCAS. LA LEY NO CREA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SE LIMITA A RECONOCERLA, REGULARLA Y REGLAMENTARLA. ES PRINCIPIO BASICO LA POSIBILIDAD DE PROPIEDAD DE MARCAS QUE VIVEN AL MARGEN DEL REGISTRO. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA MARCA INDUSTRIAL ENCAJA EN LA CATEGORIA DE LOS DERECHOS SOBRE BIENES INMATERIALES Y EN LA ESPERA GENERAL DE LOS LLAMADOS DERECHOS ABSOLUTOS O DE EXCLUSION. INCOMPATIBILIDAD EN EL REGISTRO DE DOS MARCAS SIMILARES (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970).

Demanda.—En autos seguidos sobre nulidad de inscripciones de marcas, derivando dicha incompatibilidad de la gran semejanza y práctica identidad existente entre las denominaciones y de la identidad y relación que presentan los productos para cuya distinción y señalamiento han sido concedidas.

Contestación.—Desde la publicación de la concesión de la marca hasta la interposición de la demanda han transcurrido siete años de uso activo e ininterrumpido por la demandada, sin que a ello nada tuviera que objetar la actora. A los cuatro años de usar la marca «K» deseó hacer extensivo su empleo a otros artículos y solicitó la concesión de registro del mismo distintivo, que le fue otorgado.

Fallo de la Audiencia Territorial.—Estimó la demanda y declaró nulas, sin valor ni efecto legal alguno, las inscripciones de las marcas «K», con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

Casación por infracción de Ley. Motivos.—Primero y segundo: Violación del artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial (E. P. I.) y doctrina del Tribunal Supremo que se cita.

Tercero: Violación de los artículos 1930, 1961 y 1962 del Código civil y el artículo 9.º de la disposición transitoria sexta del vigente E. P. I.

Cuarto: Aplicación indebida del artículo 445 del Código civil y 150 del E. P. I.

Quinto: Inaplicación de los artículos 1.º y 118 del E. P. I., en relación con el 14 del mismo texto legal.

CONSIDERANDOS

Las marcas o signos distintivos de producción o de comercio son «signos especiales con los que aspira (el productor, fabricante o comerciante) a distinguir de los similares los resultados de su trabajo». La inscripción no es constitutiva, sino meramente declarativa, por lo que,

«mientras no se consolide frente a terceros con respecto al Registro, por el transcurso de tres años, es lógico que durante estos tres años el inventor propietario no escrito puede demostrar su propiedad impugnando la del usurpador y pidiendo a la vez la inscripción a su favor, todo ello por el cauce procesal del juicio civil sobre nulidad».

Este plazo de prescripción (de la acción) no es aplicable al supuesto de la doble inmatriculación (caso idéntico en su problemática al que nos ocupa) y «es obligado estimar la prioridad de la inscripción más antigua», doctrina que resulta irrefutable al estudiar los efectos *a contrario sensu*.

En nuestra legislación vigente, la equiparación de los bienes inmateriales con los muebles no es correcta; en el supuesto que nos ocupa, ni en el Registro ni en la realidad se ha producido pérdida de posesión por el demandante, y no se trata aquí de una acción real sobre los bienes muebles, sino de una acción de nulidad por preexistencia de una inscripción incompatible con la segunda.

Fallo.—No haber lugar al recurso. Condena al pago de las costas causadas.

E. I. M.

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

RETRACTO: *Supuestos de aplicación del artículo 16 del Decreto de 29 de abril de 1959, que aprueba el Reglamento de la Legislación de Arrendamientos Rústicos, en orden al plazo para su ejercicio* (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971).

Supuestos de hecho.—En el año 1953, don José R. P., por medio de contrato verbal, cedió en arriendo a doña M. F. V. todas las fincas que constituyan la herencia de la madre del arrendador sitas en el término municipal de Valls; dichas fincas rústicas le fueron transmitidas por herencia, pero con la imposición de la sustitución hereditaria de que si fallecía sin hijos pasarían las fincas a los fideicomisarios que nombraba. Condición que se cumplió, pues el citado fiduciario falleció soltero y sin hijos.

Don J. R. P., años antes de fallecer, confió la administración de las fincas a don J. O. C., quien cobraba las rentas. El día 31 de marzo de 1969, el citado administrador, en nombre propio y en la representación de Fiduciaria Catalana, S. L., citó a la arrendataria para la revisión de renta, siendo en este acto procesal cuando la arrendataria se enteró de que las fincas habían sido enajenadas por los herederos de don J. R. P. a los que promueven la revisión de la renta. Con fecha 23 de junio de 1969, la arrendataria presenta ante el Juzgado de Primera Instancia de Valls demanda solicitando el retracto, al amparo del artículo 16 del Decreto de 29 de abril de 1959, consignando la cantidad de veinte mil pesetas, obligándose a ampliar la consignación total de doscientas veintiuna mil ochocientas nueve pesetas en la cantidad que faltase para cubrir el precio y los gastos legítimos y a afianzar esta obligación si procediere.

Los demandados alegaron que no existía la representación o administración que la demandante pretendía a favor de don J. O. C., y que la transmisión realizada no era de fincas, sino de «derechos hereditarios» que se adquirieron directamente por Fiduciaria Catalana, S. L., en la proporción que se determina, siendo la de don J. O. C. por razones

de recaudación de contribuciones. Que el plazo señalado en el artículo 16 debía considerarse prescrito, ya que en 1 de noviembre de 1968 se extendió un recibo de pago de renta a nombre de la sociedad citada y de don J. O. C. Se omitió la notificación, ya que no es lo mismo la transmisión de derechos hereditarios abstractos que de fincas concretas.

El Juzgado de Primera Instancia de Valls dictó Sentencia el 31 de octubre de 1969 absolviendo a los demandados J. O. C. y Fiduciaria Catalana, S. L., no dando lugar al retracto. Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Territorial de Barcelona confirma, en fecha 15 de diciembre de 1969, la Sentencia del Juzgado. Interpuesto recurso de revisión por los cauces del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959 (injusticia notoria), el Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia.

Razones jurídicas.—El Tribunal Supremo se apoya para decidir la improcedencia del retracto en el ataque que hace a los dos motivos, en los que trata de basarse el recurso de revisión. Se atacaba por el demandante la Sentencia del Tribunal, basándose en la injusticia notoria por manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas, ya que en el acto de conciliación de 11 de marzo de 1969 se limitó únicamente al reconocimiento que doña M. F. V. llevaba las fincas en arrendamiento, y no a suponer que desde esa fecha comenzaba a contarse el plazo de noventa días para que la recurrente ejercitase el derecho de retracto. Contesta el Tribunal Supremo que de la certificación que consta en autos del acto de conciliación sólo se deduce que los compradores de las fincas arrendadas lo único que hicieron constar fue la invitación a la hoy retrayente de que conociera que llevaba en arrendamiento diversas fincas, propiedad de ellos mismos. Para que exista error de derecho se requiere «la existencia de un precepto legal valorativo de la repetida prueba que haya sido efectivamente infringido».

La parte actora alega que el simple reconocimiento en el acto de conciliación de que la sociedad y don J. O. C. «eran propietarios» no es suficiente para el cumplido y cabal *conocimiento* (concepto distinto del de noticia), teniendo la demandante solamente conocimiento cuando el 31 de marzo de 1969 fue emplazada en el acto o juicio revisorio de renta. El Tribunal Supremo contesta que en el acto de conciliación no solamente se tuvo conocimiento de la transmisión, sino que ésta tuvo lugar el día 1 del mes en que se cursó y recibió la cédula de notificación para el acto conciliatorio, y en la que se expresaba que los que la citaban eran los propietarios de las fincas; además, en el propio acto conciliatorio, al cual asistió la interesada, pudo hacer todas las preguntas que estimase necesarias para adquirir todas las noticias relativas a una transmisión de fincas, y si no lo hizo, sólo a ella puede ser imputable tal abandono. Además, pudo lograr este conocimiento consultando el Registro de la Propiedad de Valls, ya que en el cual, desde el 23 de enero de 1969, constaba la rectificación de las inscripciones de adjudicación.

Doctrina legal.—Realmente, el Tribunal Supremo solamente aborda el problema del plazo a partir del cual puede ejercitarse el derecho de retracto, y que en este caso considera vencido, dejando sin aplicación el retracto.

Quedan sin resolver algunos problemas de fondo, como los de si la transmisión de los «derechos hereditarios» supone una ocasión para el ejercicio del derecho de retracto y, sobre todo, si en esos casos existe obligación de notificar la transmisión.

RETRACTO: *Supuestos de aplicación del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959* (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1971).

Supuestos de hecho.—A consecuencia del fallecimiento de don C. G. A., su esposa, doña J. B. R., recibió en pago de su parte de gananciales y de la cuota de viudedad dos predios rústicos denominados «Dehesa Royal de Navalmoralejo o Fuentelapillo» y «Fuentelapio», la cual concertó con don I. M. P. un contrato de arrendamiento en cuanto a los aprovechamientos de pastos, laboral y montanera de cada uno de dichos predios, fijándose para el contrato una duración de tres años, que finalizaban el día 29 de septiembre de 1969, y una renta o merced global y única de cincuenta mil pesetas anuales.

El mandante del arrendatario, al ir a satisfacer las rentas de los últimos años se enteró casualmente que los hermanos don J. A. y don V. E. B.—ya herederos de la arrendadora, que había fallecido con anterioridad—habían adquirido el dominio de la finca designada en primer lugar a virtud de contrato de compraventa, pero sin que pudiera informarse del precio ni de las demás condiciones de la misma, ni de la naturaleza pública o privada del documento, si bien no había tenido acceso al Registro de la Propiedad (convendría precisar que sólo en el caso de documento público hubiera podido tener lugar esa publicidad registral).

Realizado el acto de conciliación y los preliminares del juicio instado por don I. M. P., los demandados admitieron haber comprado *la nuda propiedad* de la finca, sin recordar el precio que se pagó ni otras condiciones. En la contestación de la demanda se reconoce plenamente que ante Notario el día 22 de enero de 1968 los demandados don J. A. y don V. E. B. compraron a doña J. B. R. la nuda propiedad de las dos fincas objeto de la reclamación en el precio de sesenta mil pesetas, desconociéndose por los demandados la circunstancia de que las fincas estuvieran arrendadas. Circunstancias que le fueron explicadas al arrendatario una vez producido el óbito de la causante doña J. B. R., ocurrido el día 28 de enero de 1968, es decir, seis días después de la venta. Al fallecer la causante se produce la consolidación del usufructo, que ella se reservó, con la nuda propiedad adquirida por los compradores, los cuales consolidan en virtud de herencia, según ellos dicen.

Seguido el juicio ante el Juzgado número 6 de los de Madrid, se dicta Sentencia el 3 de febrero de 1970 desestimando la demanda, absolviendo de ella a los demandados y declarando no haber lugar al retracto, utilizando como argumento principal la literalidad de la petición del mandante, que teniendo en cuenta que sólo se ha producido la enajenación de la nuda propiedad, pretende que los demandados otorguen escritura de la finca rústica a que se contrae el pleito por el precio fijado para la venta, con los gastos útiles y necesarios, lo cual constituye «una petición distinta y más favorable» que no puede admitirse tal y como fue declarado por el Tribunal Supremo el 26 de enero de 1954.

Contra la indicada Sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Madrid, que con fecha 2 de julio de 1970 confirma la del Juzgado, negando la posibilidad del retracto. El Tribunal Supremo, por último, desestima el recurso basado en la injusticia notoria del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959.

Razones jurídicas.—Para su precisión, conviene que resumamos algunos de los «resultandos» de la Sentencia en los que se recogen fundamentalmente las razones tenidas por la Audiencia y el Juzgado para concretar el fallo.

La idea matriz de la que se parte es que el retrayente quiso recuperar la finca por el precio de la nuda propiedad, aunque en la demanda se insiste en que se depositó la cantidad de noventa mil pesetas sobre la base de que era el que constaba en el Registro de la Propiedad en una inscripción de 1961 fijada en setenta y seis mil, el que por los siete años transcurridos se revalorizó en un veinte por ciento, aunque luego se elevase, aceptando el mandato judicial, a ochocientas mil pesetas. También se alega por la demanda que no se cumplió el requisito de la notificación de la venta al arrendatario. Reconoce, sin embargo, la demanda que el hecho de que solamente se haya enajenado *la nuda propiedad* no es obstáculo para que se produzca la consecuencia del retracto, esto es, la subrogación en las mismas condiciones (como claramente se deduce de lo dispuesto en las Sentencias de 26 de enero de 1954 y 15 de octubre de 1958), siempre y cuando al retraer se haga por el precio de la nuda propiedad y el aumento que la misma experimente por el incremento del usufructo.

El Tribunal Supremo centra el problema en si la demanda inicial del juicio pretende retraer la finca objeto de éste sólo por el precio asignado a la nuda propiedad en la escritura de venta efectuada a favor de los demandados, o por el mayor valor adquirido por la misma al extinguirse el usufructo que se había reservado la vendedora, pues no se niega que los adquirentes consolidaron la nuda propiedad al extinguirse el usufructo con el fallecimiento de la vendedora. Y dice literalmente el Tribunal Supremo que «en el encabezamiento de la demanda se pide la declaración del derecho del actor a adquirir el pleno dominio de la finca, subrogándose en los derechos y obligaciones adquiridos por los demandados en virtud del contrato de compraventa, y la condena de éstos a otorgar a favor de aquél escritura pública de venta, aceptando el precio satisfecho, así como los demás pagos legítimos efectuados; y en la súplica de la misma se solicita la condena de los demandados a otorgar a favor del demandante la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca, en el mismo precio e idénticas condiciones que ellos la recibieron del vendedor; cuyos términos revelan que se intenta retraer el pleno dominio de la finca por el precio en que se vendió la nuda propiedad, puesto que éste es el satisfecho por los demandados y el estipulado en la escritura de venta, sin que el ofrecimiento de abonar los demás pagos legítimos efectuados pueda entenderse se refieren al mayor valor de la finca por la extinción del usufructo, en cuanto por ellos no hubieron de efectuar los demandados ningún pago, salvo los de los correspondientes impuestos que no hacen al caso; y, si bien es cierto que en el cuerpo de la demanda se alude a la imposibilidad de conocer el actor si lo enajenado era la nuda propiedad o el pleno dominio por la falta de notificación de la venta y la conducta de los demandados, se reconoce el hecho de haber manifestado éstos, en unas diligencias preliminares del juicio promovidas por aquél, que lo transmitido en virtud de tal contrato fue sólo la nuda propiedad, y se razona que, aun en el supuesto de ser así, ello no constituiría óbice al ejercicio de la acción retractual, pero sin expresarse tampoco si ésta se ejercitaba por el precio de la nuda propiedad o por el mayor valor de la finca, ni si la fianza que se constituía era para garantía de uno u otro, como pudo y debió hacerse, aun cuando fuera de modo *«alternativo o subsidiario»*, para el supuesto de ser efectivamente cierto lo manifestado por los demandados de que se les transmitió sólo la nuda propiedad, y se convalidó después el dominio pleno».

Sale al paso la Sentencia de la diferencia existente en la interpretación o reglas normativas que da el Código civil, pues la Sentencia se ha de atener a la demanda, y, en su caso, a la contestación, sin tener en

cuenta posteriores aplicaciones o alteraciones, salvo en la mínima medida autorizada en ciertos casos, como los previstos en los artículos 158 y 548 de la L. E. C., aparte de que las normas de interpretación de los contratos no son plenamente aplicables a la demanda ni en general a los actos procesales, pues en éstos debe prevalecer la voluntad declarada sobre la intención o voluntad real de los interesados, y en la demanda, la falta de claridad y precisión en lo que se pide constituye un defecto que la priva de viabilidad conforme a los artículos 524 y 533, número 5 de la propia Ley Procesal Civil.

Doctrina legal.—Es indudable que el precepto que reglamenta el derecho de retracto rústico quedaría sin efecto si se admitiese la posibilidad de que sólo una enajenación del pleno dominio podría ponerlo en juego. La enajenación de la nuda propiedad, con la reserva del usufructo eliminaría su aplicación, burlando con ello la finalidad perseguida por el precepto.

A su lado es preciso contemplar la posible «audacia» del retrayente que, apoyándose en un precio satisfecho por la nuda propiedad, pretende retraer la totalidad del dominio sin tener en cuenta el aumento de valor experimentado por la consolidación. Ello sería contrario a la equidad, y quizá ésta ha sido la razón básica de la Sentencia, en la cual quedan sin aclarar puntos como el de la falta de notificación, y aparece un tanto confusa esa idea sobre interpretación contractual, que no parece ha sido muy tenida en cuenta a la hora de la admisión de la prueba.

RETRACTO: Precisión de aplicación del artículo 16 del Decreto de 29 de abril de 1959, que aprueba el Reglamento de la Legislación de Arrendamientos Rústicos (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1971).

Supuestos de hecho.—La señora V. C. vende en documento público autorizado por Notario el día 26 de diciembre de 1967 a las señoras doña I., doña T. y doña M. unas fincas rústicas que estaban en aparcería o arrendamiento (circunstancia no muy clara de los términos de la Sentencia) dadas a diversos aparceros o arrendatarios. La transmisión efectuada se inscribe en el Registro de la Propiedad sin que en la inscripción conste si el dinero empleado es de naturaleza privativa o ganancial.

Días antes del otorgamiento de la escritura pública de la transmisión, los arrendatarios o aparceros suscriben un documento en el que renuncian al tanteo y retracto que la ley les concede sobre las fincas que llevan en arrendamiento o aparcería. Este documento da pie para que se demuestre que los arrendatarios o aparceros sabían que el precio de la venta realizada no sólo consistía en dinero, sino en una remuneración de asistencia personal por parte de los adquirentes a favor de la vendedora y su esposo.

El Juzgado número 1 de los de Albacete, el 20 de marzo de 1970, declaró que debía absolver a los compradores de las fincas sin que fuera viable la aplicación del derecho de retracto. Dicha Sentencia fue objeto de recurso de apelación interpuesto por los arrendatarios o aparceros ante la Audiencia Territorial de Albacete, Sala de lo Civil, la cual confirma la Sentencia del juez de Primera Instancia con fecha 13 de junio de 1970.

Los arrendatarios o aparceros interponen contra la anterior Sentencia el procedente recuso de revisión, basándolo en dos apartados del

artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959. Esto es, en el número o apartado 4 y en las causas tercera y cuarta de dicho artículo: injusticia notoria por infracción de precepto legal e injusticia notoria por manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, siempre que este último resulte acreditado por la prueba documental o pericial obrante en autos.

El Tribunal Supremo declara en la Sentencia que comentamos no haber lugar al recurso de revisión, confirmando con ello la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la dictada por la Audiencia Territorial de Albacete en las fechas señaladas.

Razones jurídicas.—El Tribunal Supremo razona su decisión basándola en dos aspectos que destruyen los principales motivos del recurso. Uno es el elemento subrogatorio que todo retracto lleva consigo. Otro es la falta de fundamento en el que intentan apoyarse los recurrentes sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes adquiridos por las demandadas.

No existe injusticia notoria por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba documental, ya que de la escritura pública de adquisición presentada resulta que «la vendedora confiesa haber recibido con anterioridad (el precio de 337.000 pesetas) y de dicho documento se desprende la transmisión de las fincas; también es cierto que esta venta no puede reputarse como pura y simple, según se desprende del conjunto de la prueba practicada en las actuaciones, en la que aparece que el acuerdo cierto y sus condiciones entre ambas partes era conocido por los retrayentes, y, aunque es evidente que el documento unido a los autos, a los folios 467 y 468, en que los arrendatarios renuncian al derecho de tanteo y retracto que les conceden las leyes sobre las fincas que llevan en arrendamiento, ellos lo efectuaron con fecha 23 de diciembre de 1967, esto es, tres días antes de la fecha de la escritura de compraventa, que se otorgó el 26; careciendo, por ello, de valor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto de 29 de abril de 1959, que no permite la renuncia del derecho de retracto en la fecha en que se hizo, de conformidad con lo reglamentado en el número 1.º del artículo 16, que autoriza al arrendatario o aparcerero a subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, ya que dicha enajenación no se había llevado a efecto en el momento de la renuncia; pero dicho escrito refuerza el resto de la prueba de que los contrayentes conocían con anterioridad al otorgamiento de la escritura que la transmisión de las fincas implicaba un pago de parte del valor, el cual era complementado por una asistencia personal de las adquirentes, a favor de la llamada vendedora y su esposo, lo que configura un contrato atípico en el que para que pueda darse el retracto sería imprescindible que los retrayentes pudieran subrogarse en el lugar de las demandadas y ello resulta imposible, por ser intransmisibles aquellas prestaciones de carácter personal y vitalicias, conforme acertadamente razona la Sentencia recurrida».

No existe injusticia notoria por violación del párrafo primero del artículo 16 del Decreto de 29 de abril de 1959 en relación con los artículos 1521, 1401, 1407 y 1412 del Código civil, ya que dos de las demandadas compran en estado de casadas y otra lo hace en estado de soltera, no constando en la escritura ni en la inscripción ni la procedencia del dinero ni la aseveración de la misma, lo cual hace que los bienes adquiridos sean gananciales en los dos primeros casos, y ello obsta a que las demandas sean dirigidas sólo contra las compradoras, debiendo ser también contra sus esposos, pues éstos se limitaron a dar el poder o licen-

cia a sus esposas. Como los bienes ostentan la condición de gananciales, debieron ser demandados los esposos de las dos demandadas casadas, como representantes de la sociedad legal de gananciales.

Doctrina legal.—El recurso, como vemos, se basa en sus conclusiones en dos razones fundamentales: la falta de legitimación procesal de las demandadas en su condición de casadas y por el carácter ganancial de los bienes adquiridos y la idea subrogatoria que preside todo retracto legal. Es evidente que el retrayente puede subrogarse en la obligación del pago del precio, pero no en esas condiciones personalísimas de asistencia personal que las compradoras prestaban a la vendedora y su esposo.

Aunque el caso no es similar, creemos que debe ser traído a colación. Nos estamos refiriendo al supuesto que planteaba la Sentencia de 11 de diciembre de 1944 en los que exige que el vendedor con precio aplazado le basta que le aseguren «iguales condiciones y garantías» de cobro que quien realice la prestación, lo cual llevaba a la aplicación del artículo 1618 de la L. E. C. Recuerdo que al filo de dicha Sentencia se construyó por la doctrina un supuesto jurídico que fue comentado y solucionado en el *Anuario de Derecho Civil* (año 1949) por VALLET DE Goyrisolo, quien jugaba jurídicamente con el concepto de subrogación, el débito, la responsabilidad y el *intuitae personae*.

RESOLUCION DE CONTRATO: *Estudio de la aplicación del artículo 29, 2.º, de la Ley de 15 de marzo de 1935, y artículo 29 del Decreto de 29 de abril de 1959 (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1971).*

Supuestos de hecho.—El día 2 de noviembre de 1966 tuvo lugar en Castrillo de Duero un contrato de arrendamiento entre doña L. P. A. y don V. P. S., por el cual la primera cedía en renta al segundo una finca rústica, especificándose en el mismo contrato que únicamente constituía su objeto el terreno de labrantío, quedando a libre disposición de la arrendadora la casa, el corral y la era para trillar. El plazo del arriendo se pactó por catorce años y la renta anual se fijó en treinta y dos mil pesetas, que serían abonadas los meses de septiembre de cada uno de los años que tuviera vigencia el contrato. Don V. P. S., a pesar de las gestiones amistosas que se hicieron por la arrendataria, se negó a pagar la renta en el mes de septiembre del año 1969.

Por la parte actora, esto es, por la arrendataria, se interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valladolid, solicitando la resolución del contrato. Resolución que se negó por dicho Juzgado a la vista de las alegaciones de la parte demandada, cuyo fundamento residía en que no se había hecho requerimiento alguno y que se había realizado la consignación, al amparo del artículo 1563 de la L. E. C., del principal y de las costas, pero sin incluir los intereses, pues éstos no se devengan por ministerio de la Ley, ni se había incurrido en mora conforme al artículo 1100 del Código civil. También se alegaba la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia, siéndolo los Municipales y Comarcales conforme a la Ley de 23 de julio de 1966.

Como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue favorable al demandado, la arrendataria recurrió en apelación ante la Audiencia Territorial de Valladolid, quien en Sentencia de 28 de septiembre de 1970 revoca la del Juzgado de Primera Instancia y declara extinguido y resuelto el contrato de arrendamiento, condenando al demandado al desalojo de la finca.

Contra dicha Sentencia el demandado V. P. S. presenta recurso de revisión basándolo en la injusticia notoria del número 4, causa 3.ª del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, sancionando el Tribunal Supremo la inadmisión de dicho recurso basándolo fundamentalmente en la falta de consignación adecuada.

Razones jurídicas.—Fundamentalmente, la causa que motiva la desestimación del recurso de revisión la basa el Tribunal Supremo en la falta de la debida consignación, pero previamente resuelve el problema de la competencia del Juzgado que se alegó inicialmente y que ahora es base para considerar infringido el artículo 359 de la L. E. C., y en su consecuencia, el 1563 de la misma Ley. Y dice el Tribunal Supremo que, a pesar de existir una providencia del Juzgado de Primera Instancia, teniendo por consignada la cantidad de treinta y dos mil pesetas, y cinco mil más para costas, y haber sido la misma notificada a las partes, ellas la dejaron firme, no alegando en ningún momento la posible incompetencia, pues así se deduce de los propios actos de los litigantes, ya que el juicio continuó ratificando la parte actora las peticiones de la demanda y oponiéndose a ella la demandada, por lo que el juzgador de Instancia entró a resolver la litis.

Conforme determina el artículo 29 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, el desahucio por falta de pago puede ser detenido consignando el importe del principal, los intereses de demora y las costas judiciales. Por ello, el Tribunal Supremo basa la denegación del recurso en el incumplimiento de dicho artículo, diciendo: «El Tribunal Territorial, en la Sentencia recurrida, no infringe, sino que interpreta y aplica correctamente los preceptos que el recurrente aduce como infringidos, ya que el artículo 29 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos determina que cuando el desahucio se funda en falta de pago el arrendatario podrá evitarlo dentro de los ocho días siguientes al de su citación a juicio, consignando, juntamente con la renta en descubierto, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación, incluso las de ésta, requisitos que no cumplió el demandado..., y al ser la consignación incompleta, ha de tenerse como no hecha, a los efectos de enervar la acción de desahucio.»

Doctrina legal.—La consignación es una forma subsidiaria de pago que procede en casos específicamente señalados por el Código civil (artículo 1176), pero que en la legislación especial de arrendamientos surge como remedio último del arrendatario para que con su utilización pueda mantener a ultranza el arriendo o relación contractual arrendaticia.

Es un remedio de última hora que, por lo que a los arrendamientos rústicos se refiere, viene regulado en el artículo 29 del Reglamento de 29 de abril de 1959 en forma escueta y como forma de detener la acción de desahucio, siempre que se cumplan los requisitos que en el mismo se establecen: 1) Hacerlo dentro de los ocho días de la citación a juicio. 2) Consignar la renta o rentas en descubierto, los intereses de demora y el importe de las costas, hasta el momento de la consignación, incluidas las de ésta.

En los hechos probados por la Sentencia comentada se descubre que la consignación estaba hecha en plazo legal, pero que a la misma le faltaba el requisito de comprender los intereses de demora, circunstancia que hace decidir al Tribunal Supremo para frustrar ese remedio de última hora del arrendatario, que habiéndose negado a pagar, sabe que

consignando se libra del desahucio. Es evidente que los intereses de demora deben ser justamente consignados, pues la lectura pacífica del artículo 1100 del Código civil, sobre todo en su número 2.º, destaca cómo existió un incumplimiento que no exigía intimación del acreedor.

DESAHUCIO DE FINCA RUSTICA: Examen de la causa 4.ª del artículo 28 del Decreto de 29 de abril de 1959 aprobando el Reglamento de Arrendamientos Rústicos (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1971).

Supuestos de hecho.—Don L., don J., don A. y doña A. C. P.—todos hermanos—son propietarios proindiviso de una finca rústica o campo de tierra arrozal. Les pertenece dicha finca en virtud de legado dejado a su favor por doña E. C. B. en su testamento otorgado en Valencia el 7 de enero de 1963.

Don V. G. C., en el año agrícola de 1966-67, toma en arrendamiento dicho campo arrocero y se estipula que la renta sería de 25.000 pesetas anuales. El contrato se firma por dicho señor y doña E. C. B., que es la causante de los actuales interesados y propietarios. El arriendo, según los hechos, se prolonga durante el año agrícola 1967-68, satisfaciéndose religiosamente la renta por el arrendatario.

Como hecho que luego resulta probado, aunque se niega por la parte demandada, resulta que don V. G. C. subarrienda la citada finca a su madre, doña F. S. M., y a otra persona, y los actuales propietarios solicitan el desahucio de la finca sobre la base del artículo 28, causa 4.ª del Decreto de 29 de abril de 1959.

El arrendatario se opone a este desahucio, y alega en primer lugar la falta de personalidad de los demandantes, ya que los mismos habían vendido en el año 1969 un campo de 36 hanegadas de tierra de arroz, situado en la partida del Rabasal, a que se refiere la demandada, y, además, considera que el subarriendo sólo existe en la imaginación de los demandantes, sin que sirva como prueba de ello el hecho de que doña F. S. M. (madre del demandado) figure como arrendataria en el Sindicato Arroceros de Sueca.

El Juzgado de Primera Instancia de Sueca falla el día 27 de febrero de 1970 que no ha lugar al desahucio de la finca rústica. Los demandantes interponen recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Valencia, la cual, en Sentencia de 23 de octubre de 1970, declara existente el subarriendo alegado y finalizado el arrendamiento a favor de don V. G. C., condenándole a estar y pasar por esa resolución y a desalojar la finca en el plazo legal bajo el apercibimiento de ser lanzado a su costa.

El demandado don V. G. C. acude a los socorridos números 3 y 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, e interpone recurso de revisión basándolo en la existencia de injusticia notoria por infracción y por error de derecho. El Tribunal Supremo desestima el recurso sobre la base de haber sido probado el subarriendo, causa que, conforme al artículo 28 del citado Reglamento, provoca la terminación o resolución del contrato.

Razones jurídicas.—Destruye el Tribunal Supremo las alegaciones presentadas por el recurrente en forma palmaria. El recurrente insiste en que su madre no puede ser subarrendataria, ya que no reside en Sueca y tiene ochenta años. Cosas que prueba con un certificado del padrón municipal y del alcalde de Caudete, pueblo residencial de dicha señora. Pero el Tribunal Supremo argumenta que el hecho de la edad y de la

residencia de dicha señora no impiden ser cesionario de derechos y no constituyen obstáculo al negocio jurídico, subarrendamiento o aparcería, entre otros posibles, mediante el que la cesión se opera; y como el cesionario puede o realizar por sí mismo las faenas agrícolas o llevarlas a cabo remunerando el trabajo ajeno, no por residir doña F. S. M. donde reside y tener la edad que tiene se demuestra el error de la Sentencia cuando afirma que es cesionaria de su hijo, arrendatario de las fincas objeto de desahucio.

Uno de los hechos probados es la inscripción de la arrendataria doña F. S. M. en el Sindicato Arrocerero de Sueca, sobre lo cual basa el Tribunal su decisión, afirmando: a) Por su misma naturaleza, la estimación de la prueba de presunciones corresponde al Tribunal Sentenciador, y únicamente puede prosperar en casación o cuando se impugna la existencia y realidad del hecho de que se parte, o cuando la deducción no se acomoda a las reglas del criterio humano y resulta ilógica o inverosímil. b) En el caso no se impugna el hecho básico, pues se admite la certeza de la inscripción en el Sindicato, como arrendataria, de doña F. S. M. c) Se impugna el hecho-consecuencia por entender el recurrente que aquella inscripción únicamente autoriza a deducir *una auténtica simulación de hecho*, en cuanto se llevó a cabo ante la acción penal ejercitada por una entidad bancaria contra el arrendatario, y para evitar las posibles consecuencias en el orden patrimonial de una posible condena; tesis jurídicamente inadmisibles no sólo porque si se acogiese na simulación de tal tipo ello supondría valorar, siquiera secundariamente, la conducta de persona ajena al proceso, doña F. S. M., afirmando su intervención en el negocio pretendidamente simulado, sino, además, porque la apariencia intentada crear surgiría el 2 de septiembre de 1965, cuando se produce la inscripción en el Sindicato, existente ya desde el 5 de abril del mismo año una sentencia penal absolutoria del ahora recurrente, sentencia a la sazón ejecutoria, con lo que sus propósitos reprobables no podrían tender a guarecerse de sus consecuencias tras el negocio simulado.

Doctrina legal.—Para que la causa 4.ª del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos entre en juego se hace preciso demostrar la existencia de un negocio jurídico en el que el arrendatario ceda en subarriendo o en aparcería o en cualquier otra forma la explotación de la finca o aprovechamiento, supuestos ya prohibidos por el artículo 4.º del mismo Reglamento.

Es preciso no sólo la afirmación del hecho jurídico, sino la prueba del mismo, y aquí el Tribunal Supremo se basa en una inscripción de un organismo que atestigua la existencia del subarriendo. La razón o los motivos de la inscripción, en este caso no coincidentes con los alegados por el arrendatario, no pueden jugar para destruir la prueba del negocio realizado.

J. M.ª CH. O.

IV. FAMILIA

MEDIDAS PROVISIONALES DICTADAS EN JUICIO DE SEPARACION CONYUGAL: Concesión de «litis expensas» e incidente de oposición contra el autor que las concede. CESO contra GARAZO y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1970).

Doctrina de la sentencia: Después de la Reforma de 1958 (art. 68 C. c.), las *litis expensas*, al igual que los alimentos, tienen el mismo carácter de «medidas provisionales» que puede adoptar el juez por propia iniciativa, si estima que proceden, y con vigencia limitada al tiempo que dure la sustanciación del proceso canónico o civil.

Antecedentes: 1) Ambos cónyuges habían sostenido un pleito de separación conyugal, dictándose por el correspondiente Juzgado de Primera Instancia el auto que puso fin a las diligencias sobre medidas provisionales de separación, concediendo a la esposa alimentos y *litis expensas*. 2) El marido formula entonces demanda incidental de oposición al referido auto contra su esposa y el Ministerio fiscal, que da origen a este litigio.

Los hechos constitutivos de la *demanda* se reducen a éstos: que ambos cónyuges contrajeron matrimonio en anormales circunstancias durante nuestra pasada guerra, siendo ambos bautizados en la Iglesia Católica, matrimonio contraído ante funcionario civil por no poder acudir a sacerdote, y no eran libres al contraerlo (*sic*); que la situación económica del marido no permite soportar los gravámenes de alimentos y *litis expensas*, ya que tan sólo explota un modesto taller de ajuste; y que su esposa no carece totalmente de bienes ni es deficiente su situación económica, habiendo sostenido un pleito de mayor cuantía de separación contra su esposo en concepto de rica. Termina con la súplica de que el Juzgado dicte en su día sentencia por la que se reduzca a dos mil pesetas mensuales la pensión alimenticia fijada en el auto impugnado y se declare no haber lugar al beneficio de *litis expensas*.

En su *contestación* a la demanda, la esposa, oponiéndose a ella, exponía que recoge con mala fe y en forma capciosa, respecto a la celebración del matrimonio, algo nunca dicho por la demandada: que el negocio del marido es muy importante y de pingües beneficios. Termina suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia confirmatoria en todas sus partes del auto impugnado. En idéntico sentido se manifestó el Ministerio fiscal.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando no haber lugar a la oposición formulada por el marido demandante al auto que puso fin a las diligencias sobre medidas provisionales de separación.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

El demandante interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción de ley y de doctrina legal, con apoyo en los motivos siguientes:

1.º Infracción, por violación, del artículo 68, 6.º, del Código civil, y del 1890, 2.º, de la L. E. C., que disponen sea acordado el abono de *litis expensas* «si procede» o «cuando así proceda»: al acordar la Sala se conceda tal beneficio en una situación en que no procede, al no darse el requisito de carencia de bienes propios de la mujer.

2.º Infracción, por violación, de la doctrina legal proclamada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, en lo que respecta al requisito de carencia de bienes de la esposa y a la existencia de bienes sobre los que hacer efectiva la obligación.

3.º Error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos (certificación del Registro de la Propiedad y resguardo de abono de contribución a la Hacienda Pública): al haber estimado la Sala de Instancia que la esposa recurrida carece de bienes y que el esposo recurrente posee bienes sobre los que hacer efectiva la obligación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al precedente recurso de casación por infracción de ley, sentando la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el magistrado don Baltasar Rull Villar.

Considerando: Que el presente recurso tiene su causa originaria, como en el mismo se indica, en un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Madrid en 26 de febrero de 1968 en actuaciones de separación conyugal y medidas provisionales a ella inherentes, auto contra el que el recurrente promovió incidente de oposición tanto en lo relativo a los alimentos como a la procedencia de *litis expensas* acordadas por el Juzgado al amparo del artículo 68 del Código civil en sus números 5 y 6 que autorizan tales medidas, incidente que fue desestimado por la sentencia hoy recurrida, confirmatoria de la del Juzgado, si bien el recurso de casación limita sus motivos de oposición a la medida relativa a las *litis expensas*, con lo que implícitamente acepta lo acordado sobre alimentos.

Considerando: Que hasta la reforma del artículo 68 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, las *litis expensas* no se podían obtener por las esposas más que a petición propia para litigar con su marido en los pleitos a que se refiere el artículo 60 del propio Código, sobre cuyos gastos había declarado la jurisprudencia que, al amparo del número 1 del artículo 1408, las deudas contraídas por la mujer cuando legalmente puedan obligar a la sociedad serán a cargo de los gananciales; pero a través de las *litis expensas* por tener que apreciar los Tribunales la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo (Sentencias de 18 de diciembre de 1944 y 16 de junio de 1920); mas con posterioridad a la reforma, las *litis expensas*, al igual que los alimentos en el caso concreto que contempla el artículo 68, tienen el mismo carácter de «medidas provisionales» que puede adoptar el juez por propia iniciativa, si estima que proceden, y con vigencia limitada al tiempo que dure la sustanciación del proceso canónico o civil, es decir, mientras no recaiga resolución definitiva en el mismo; con lo que basta para rechazar el recurso de casación por improcedente, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1729, por no tener la sentencia recurrida el carácter de definitiva por su naturaleza, y en su virtud hay que desestimarla por haberse convertido en este trámite en causa de desestimación las que lo sean de inadmisión.

NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL: *Conocimiento y prueba de un vínculo anterior; el error y la mala fe, y la prueba de ésta. La interpretación del artículo 51 del Código civil. OZCÁRIZ contra BETTENCOURT, METRÓPOLIS, S. A., y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1970).*

Doctrina de la sentencia: La cita de dos conceptos antitéticos (inaplicación y aplicación indebida) equivale a la omisión de la expresión del concepto de la infracción acusada. La denuncia en orden a la apreciación de la prueba del matrimonio anterior se apoya en el número 1.º y no en el 7.º del artículo 1692 de la L. E. C. La cita de una sola sentencia no constituye doctrina legal a efectos de casación.

Antecedentes: 1) Don Mario, nacido en Viena, había adquirido la nacionalidad española en 1954 por Orden ministerial (no aparecen otros datos), que causó la correspondiente inscripción en el Registro Civil de su domicilio. 2) La demandante había tenido con dicho señor una hija natural en el año 1949, que fue inscrita en el Registro Civil como hija natural de ambos padres, constando la identidad de éstos. 3) Doña S. B.,

de nacionalidad brasileña, la demandada, había residido en Centro Europa, Brasil, Estados Unidos y Méjico, donde conoció a don Mario. Doña S. era divorciada de un matrimonio precedente. 4) Don Mario y doña S. B. contrajeron matrimonio civil en la ciudad de Juárez, Méjico, ante las correspondientes autoridades locales, al parecer por no existir funcionarios consulares españoles en Méjico. Ambos contrayentes, pese a estar bautizados, no eran practicantes de ninguna religión. 5) En el año 1964 don Mario otorga testamento, del que resultan las siguientes instituciones hereditarias: a) En favor de doña S. B., como única y universal heredera, en pleno dominio, sin condición ni limitación alguna b) En favor de la madre del testador, doña E. L., con su cuota legítima. c) Igualmente, por su cuota legítima, en favor de la menor M. S. O., hija natural del testador. En el referido testamento se designa a doña S. B. como *esposa* del testador y se le atribuyen los cargos de albacea y administrador de la herencia. 6) Acaecido el fallecimiento de don Mario en 1965, pasaron los meses sin que por doña S. B. se hiciera la menor gestión en orden a la formalización del inventario (necesario al concurrir a la sucesión una menor). 7) A finales del año 1966, doña E. L., madre del causante, *vende* a la compañía aseguradora Metrópolis, S. A., la totalidad de los derechos que pudieran corresponderle sobre la herencia de su hijo, por concepto de legítima, heredera testamentaria o intestada o en cualquier otro concepto, dimanaren o no del testamento, facultando y legitimando a dicha compañía para intervenir en nombre propio en cuantas gestiones guarden relación con la herencia del hijo. 8) La demandante, como madre y legal representante de su hija menor, promovió el juicio voluntario de testamentaría, y en diligencias preliminares del mismo solicitó la *confesión* de la demandada doña S. B. sobre determinados extremos, cuyo resultado fue como sigue: la demandada reconoció que don Mario era de nacionalidad española y que *no* contrajo matrimonio canónico con dicho señor; que estuvo casada con el mismo civilmente, sin que recuerde en qué Registro Civil o Consulado se inscribió el matrimonio. La demanda se interpuso, previo el acto de conciliación terminado sin avenencia por incomparecencia de la demandada.

La demandante, entre otros extremos, alegaba: que, requerida por el Juzgado que entendía de las diligencias preliminares y la confesión citada, la demandada presentó una certificación expedida por el Registro Civil de la ciudad de Juárez, Méjico, lo que acreditaba que el matrimonio civil celebrado lo fue *sin* cumplirse ninguna de las formalidades esenciales que para la validez de los matrimonios entre españoles o de españoles con extranjeros señala el Código civil; que ello hacía evidente la mala fe en este asunto de la demandada, que, conociendo la nacionalidad y confesión del marido, y estando ella divorciada, no vaciló en contraer un matrimonio totalmente nulo ante autoridades sin ninguna competencia para celebrarlo. La *demanda* finalizaba con la súplica de que el Juzgado dicte sentencia, por la que se declare nulo el matrimonio contraído por doña S. B. con el causante en forma civil y ante autoridad civil mejicana y que en la celebración de dicho matrimonio doña S. B. obró con notoria mala fe.

La demandada doña S. B. compareció y se opuso, arguyendo: que el contraer matrimonio civil fue por la circunstancia de que en Méjico no existían relaciones diplomáticas ni funcionarios consulares españoles; que de la transcripción literal del testamento aparece la referencia reiterada a su estado matrimonial de casado en legítimas nupcias con la demandada y el deseo evidente del testador de favorecer a su esposa manifestado en el propio testamento. Termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que se absuelva a la demandada, desestimando íntegramente la demanda.

La demandada Metrópolis, S. A., contestó a la demanda y expuso: ser cierto el hecho de adquirir por compra ante notario de doña E. L., madre del causante, los derechos sucesorios a la misma correspondientes en la herencia del hijo; que ignoraba totalmente cuanto se refiere a las circunstancias del matrimonio celebrado por el causante con doña S. B., por lo que no puede oponerse ni allanarse a la demanda, y debe limitarse, en consecuencia, a solicitar que por el juez se dicte sentencia con arreglo a lo que se estime justo a derecho.

El Ministerio fiscal contestó y se opuso a la demanda, denunciando la infracción del artículo 504 de la L. E. C. por la actora al no presentar los documentos esenciales para fundar su derecho, negando que el causante don Mario, siendo de nacionalidad española, hubiera después contraído matrimonio civil con la demandada, y aun en tal caso, que la esposa hubiera actuado de mala fe. Terminaba suplicando del Juzgado se dicte sentencia desestimando la demanda.

El *Juzgado*, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por la demandada doña S. B., y estimando íntegramente la demanda, declaró nulo de pleno derecho y sin producción de efecto civil alguno el matrimonio civilmente contraído por don Mario con doña S. B., y condenó a ésta y a la compañía Metrópolis, S. A., a estar y pasar por esta declaración.

La demandada doña S. B. interpuso recurso de apelación ante la *Audiencia*, que dictó sentencia confirmando íntegramente la sentencia apelada.

La demandada interpuso recurso de casación por infracción de ley, en los siguientes *motivos*:

1.º Violación por inaplicación de los artículos 2.º y 69 del Código civil y por aplicación indebida del 51 del Código civil: ya que la sentencia recurrida deduce la existencia de mala fe del simple conocimiento del vínculo matrimonial anterior, estableciendo la existencia de esta mala fe de forma deductiva, dubitativa e imprecisa y sin que haya sido probado por la demandante; se supone por la Sala la mala fe del cónyuge fallecido, con olvido de que la mala fe puede concurrir en uno de los cónyuges y no en el otro; no se declara probado la existencia de un vínculo matrimonial anterior de la recurrente; en base a que don Mario era de religión católica y que el matrimonio se contrajo civilmente, éste es declarado inexistente y se aplica el artículo 51 del Código civil; además, arguye la aplicación indebida del artículo 2.º del Código civil, pues la concurrencia de error de hecho y de derecho elimina la mala fe del contrayente que incurra en el error.

2.º Infracción, por inaplicación, del artículo 327 del Código civil y de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 19 de diciembre de 1926, 29 de mayo de 1962 y 7 de marzo de 1956: al no expresarse en la sentencia el lugar donde se celebró el supuesto primer matrimonio de la recurrente y afirmarse su residencia en España, debió utilizarse o intentarse el medio de prueba consistente en las actas del Registro Civil, que no ha sido suplido por ninguna otra prueba, sino deducido de la *manifestación* de la recurrente de ser divorciada; que la declaración de inexistencia del matrimonio requiere se acredite el hecho del matrimonio anterior de uno de los cónyuges y no cabe establecer la prueba por simples deducciones; y que si el matrimonio se contrae con ignorancia de la legislación vigente, el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles.

El *Tribunal Supremo* declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña S. B., en virtud de la siguiente sentencia:

Visto siendo ponente el magistrado don Julio Calvillo Martínez.

Considerando: Que la recurrente, con olvido de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que en el escrito interponiendo el recurso se cite con precisión y claridad el concepto en que haya sido infringida la ley o doctrina legal invocada, denuncia en el número primero, apartado 1.º, bajo la rúbrica «motivos de casación», la infracción de los artículos 2.º y 69 del Código civil, por «violación por inaplicación» y por «aplicación indebida», cita de dos conceptos antitéticos que equivale a la omisión de la expresión del concepto de la infracción acusada, defecto previsto como causa de inadmisión en el número 4.º del artículo 1729 de aquella Ley, que en este momento procesal actúa como causa de desestimación.

Considerando: Que en el mismo apartado 1.º del número 1.º del escrito de interposición del recurso se alega la aplicación indebida del artículo 51 del Código civil, por entender la recurrente «que no consta suficientemente probada la existencia de algún vínculo matrimonial entre los cónyuges preexistente al matrimonio que hoy se discute», pero como la sentencia de instancia estima que está «plenamente acreditado en autos» lo contrario, tampoco merece ser acogida esta alegación.

Considerando: Que en el apartado 2.º del referido número 1.º del escrito de interposición del recurso se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 327 del Código civil, pero como, en realidad, la denuncia se refiere a la apreciación de la prueba del anterior matrimonio de la impugnante y se ampara en el número 1.º y no en el 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concurre en contra de la misma la causa de inadmisión 9.ª del mencionado artículo 1729, causa de inadmisión que, como se ha recordado anteriormente, queda convertida en causa de desestimación en la presente fase de decisión del recurso.

Considerando: Que en el número 2.º de la rúbrica de «motivos de casación» se invocan, como causas de impugnación independientes, primeramente, la infracción por inaplicación de la doctrina de la Sentencia de 19 de noviembre de 1926 referente a la interpretación del artículo 51 del Código civil; a continuación, la infracción por aplicación indebida de la doctrina de la Sentencia de 29 de mayo de 1962, en el particular atinente al matrimonio putativo, y, por último, la infracción por aplicación indebida de la doctrina de la Sentencia de 7 de marzo de 1956, relativa a la ignorancia de las leyes matrimoniales; mas siendo jurisprudencia constante de esta Sala que una sola sentencia no constituye doctrina legal a efectos de casación, tampoco puede entrarse en el examen de estas supuestas infracciones, por lo que, en definitiva, se impone declarar no haber lugar al recurso, con las consecuencias establecidas en el artículo 1740 de la Ley procesal.

J. C. G.

V. SUCESIONES

HEREDAMIENTO EN CATALUÑA. NULIDAD DE VENTA SIMULADA (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1970).

Se estableció en capitulaciones matrimoniales una institución de heredero en favor del hijo, reservándose ambos cónyuges (padres) la facultad de vender, gravar, hipotecar y, en general, enajenar y contratar

sobre sus respectivos bienes por actos entre vivos y de carácter oneroso, sin intervención del heredero ni de persona alguna. La madre hizo escritura de venta de la nuda propiedad de dos fincas a favor de una hija, reservándose el usufructo, escritura que no se presentó a inscripción en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, al fallecer la madre, el hijo (heredero contractual), junto con el padre (usufructuario), otorga la correspondiente escritura de manifestación de herencia, en la que se desconoce la venta realizada anteriormente, pues se incluyen en dicha herencia las dos fincas vendidas. La hija demanda al heredero alegando la validez de la escritura de venta a su favor en relación con la cláusula de las capitulaciones matrimoniales, solicitando la cancelación de las inscripciones que se practicaron a favor de aquél en base a la escritura de manifestación de herencia, a lo cual accede el Juzgado de Primera Instancia, pero la Audiencia Territorial de Barcelona da la razón al heredero, declarando nula y sin ningún efecto la escritura de venta de la nuda propiedad de las dos fincas a favor de la hija, por haber sido otorgada en fraude de los derechos del heredero capitular.

Interpuesto recurso de casación por la hija, el Tribunal Supremo no lo admite, «considerando que como, con fina y perfecta estimación jurídica establece la resolución de instancia, la institución del «heredamiento foral catalán», cuya primordial finalidad constituye el mantenimiento del patrimonio familiar sin división, implica para el heredante una serie de limitaciones en su facultad dispositiva, de todo punto necesarias para que surta los efectos que motivaron su creación, y por ello la reserva que por los heredantes se hace en cuanto a la facultad de gravar o enajenar los bienes del heredamiento ha de ser siempre interpretada respetando la voluntad contractual, pero sin llegar a darle alcance distinto del pactado con perjuicio de su fin primordial, por ello los contratos efectuados por la recurrente y su madre, por todas las circunstancias que los rodearon y la ocultación de sus efectos hasta el fallecimiento de la vendedora han de ser estimados como simulados encubriendo los mismos una donación o contrato gratuito, y como esta clase de negocio jurídico no está comprendida dentro de la reserva contractual de la facultad de enajenación, es evidente su nulidad».

J. M. G. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDADES ANONIMAS

Impugnación de acuerdos sociales. Alcance e interpretación del artículo 69 de la Ley.—El hecho de haber votado en contra de la adopción de un determinado acuerdo no legitima para ejercitar la acción impugnatoria; para ello es preciso, conforme al artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se haga constar en acta la oposición al acuerdo. (Sentencia de 30 de enero de 1970.)

NOTA.—Esta Sentencia (de la que fue ponente don Emilio Aguado González) nos parece sustentar criterio contrario a la de 28 de septiembre de 1970, que a continuación se reseña.

— El artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas lo único que exige es que conste en acta la oposición del accionista, asistente a la Junta, del acuerdo impugnado, ... y a ese acuerdo, en su totalidad, se opuso la hoy recurrente, votando en contra de él, lo que basta para que la exigencia legal deba entenderse cumplida. (Sentencia de 28 de septiembre de 1970.)

NOTA.—Esta Sentencia (de la que fue ponente don Manuel Lojo Tato) nos parece sustentar criterio contrario a la de 30 de enero de 1970, reseñada anteriormente.

Impugnación de acuerdos sociales contrarios a las Leyes.—Los acuerdos adoptados, aunque sean radicalmente nulos, por ser contrarios a las Leyes, deben ser impugnados para que carezcan de vigor, porque, conforme al artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, no se excluyen de la necesaria impugnación, y porque crean una apariencia de legalidad que necesita ser destruida por el correspondiente procedimiento judicial. (Sentencia de 10 de junio de 1970.)

Impugnación de acuerdos sociales por defecto en la convocatoria.—Cuando se trata de infracciones que puedan afectar a la validez de la convocatoria, la impugnación debe hacerse constar al abrirse la sesión, según expresa la Sentencia de 13 de octubre de 1961. (Sentencia de 23 de noviembre de 1970.)

III. TITULOS VALORES

Letra de cambio. Coordinación de los artículos 456 y 480 del Código de Comercio.—El artículo 456 del Código de Comercio es aplicable cuando únicamente intervinieron en la letra el librador y el aceptante, y no cuando, además, concurre un tenedor de la cambial (Sentencia de 24 de marzo de 1932), y ... la doctrina del artículo 480, que en su tenor literal

parece ser tan rigurosa, ha sido atenuada por este Tribunal, que, aceptando la teoría ecléctica, considera abstracta la obligación cambiaria sólo respecto a las personas no ligadas al deudor por el contrato causal, es decir, a las relaciones entre aceptante y terceras personas (Sentencias de 19 de julio de 1899, 1 de julio de 1908, 12 y 31 de octubre de 1912, 22 de noviembre de 1913, 26 de junio de 1914, 4 de diciembre de 1922, 13 de noviembre de 1926, 12 de diciembre de 1928, 23 de marzo de 1932, 31 de marzo y 22 de junio de 1942, 26 de febrero y 1 de marzo de 1944, 3 de junio de 1946, 18 y 22 de marzo de 1948, 20 de abril de 1949, 1 de mayo de 1952, 18 de noviembre de 1954, 18 de marzo de 1960 y 18 de diciembre de 1966). Esta interpretación jurisprudencial está, además, acorde con la Ley Unificada de Ginebra, que establece que las personas demandadas en virtud de letras de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en las relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, las cuales son ejercitables únicamente contra el tercero que haya adquirido la letra a sabiendas, en detrimento del deudor—*animus nocendi*—, es decir, con la intención de dañar a dicho deudor y con resultado dañoso para el mismo; por eso también esta Sala ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra actuó con mala fe o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la excepción de falta de provisión de fondos: Sentencia de 18 de diciembre de 1964. (Sentencia de 7 de enero de 1970.)

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Compraventa mercantil. Lugar de cumplimiento (competencia).—Acreditándose mediante carta del comprador que se recibió la mercancía y la factura del género vendido (solicitando una prórroga para su pago), conforme a reiterada doctrina de esta Sala, es considerada entregada la mercancía en el establecimiento mercantil del vendedor, el que determina la competencia de Juzgados y Tribunales. (Sentencia de 13 de marzo de 1970.)

S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

RECLAMACION DE DERECHOS HONORIFICOS. SE REITERA EL RIGOR FORMAL DE LA CASACION. LA CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS Y EL PRINCIPIO DE ROGACION EN QUE ESTA INSPIRADO NUESTRO PROCEDIMIENTO CIVIL. RAZON DE SER DE LOS ESCRITOS DE REPLICA Y DUPLICA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1970).

Considerando: Que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia admiten como dogma que todo fallo que pone fin a un debate judicial ha de guardar la debida relación con las pretensiones deducidas por las partes en sus escritos respectivos de demanda y contestación, teniendo en cuenta, además, que dado el principio que preside con rigor formal la casación, recurso extraordinario establecido para reparar o enmendar las infracciones cometidas por los Tribunales inferiores en la tramitación y resolución del juicio, a ella sólo tienen acceso los casos en que la sentencia contra la que se interpone el recurso omite aquella lógica relación con la petición oportunamente deducida por los litigantes, viniendo la muy reiterada doctrina de esta Sala pronunciándose en orden a la congruencia de las sentencias, en el sentido de que ha de ser precisa y absoluta en relación a las personas, las cosas, las causas y las acciones, existiendo incongruencia siempre que la razón de dar sea distinta de la de pedir, o sea que, dado el principio de rogación en que está inspirado nuestro procedimiento civil, los términos de la causa de pedir son los fundamentales para pronunciar el fallo y a ellos ha de ajustarse éste en debida concordancia, sin alterar esencialmente las peticiones de las partes, respetando en absoluto los hechos procesales y la forma en que se ha deducido la pretensión; y que aun cuando sea dable a los Tribunales basar sus resoluciones en fundamentos jurídicos distintos a los alegados por las partes, esta facultad que está limitada a las cuestiones de derecho no les autoriza, sin embargo, a dictar los fallos apoyándolos en hechos que no han sido objeto oportunamente de alegación y prueba. por lo que, aunque la fundamentación jurídica de los fallos sea distinta de la preconizada por las partes, ello está permitido, como enseña la jurisprudencia, en el supuesto en que no implique una modificación o desfiguración de la causa de pedir y de su congruente fundamentación de derecho.

Considerando: Que si bien en principio, y con carácter general, está prohibido a los litigantes modificar las peticiones que deduzcan ante los órganos jurisdiccionales, como dice el inciso final del párrafo segundo del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «alterar las que sean objeto principal del pleito», este criterio no puede llevarse a sus últimas consecuencias, ya que entonces desaparecería la razón de ser de los escritos de réplica y dúplica; por eso el propio artículo, en su párrafo primero, permite en estos escritos «modificar o adicionar los—puntos de hecho y de derecho objetos del debate—que hayan consignado en la demanda y contestación», siempre, claro está, que no se alteren, como va queda especificado, las peticiones «que sean objeto del debate», no sien-

do muy correcta la terminología legal, como hace resaltar la doctrina científica, ya que emplea el pleonismo al decir «ampliar» y «adicionar», y, en cambio, silencia la posibilidad de «suprimir» o «reducir» las peticiones, cuya posibilidad se admite, porque, en general, favorece a la parte contraria, ya que elimina del proceso una o varias peticiones o disminuye el alcance de las mismas.

Considerando: Que en el caso de autos la comparación del *petitum* pone de manifiesto que, si bien no varían en el sujeto pasivo, la réplica adiciona la *causa petendi* de la demanda de efectos de la prioridad del nacimiento en un orden regular de sucesión, con la nulidad de una disposición testamentaria de 13 de septiembre de 1674..., implicando un cambio evidente de acción, con lo que se contraviene lo dispuesto sobre no alteración de los términos esenciales de la litis establecida por el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que la sentencia recurrida incurre en vicio de incongruencia, infringiendo por violación el artículo 359 de la propia Ley, como denuncia el motivo segundo del presente recurso, al amparo del número 2.º del artículo 1692 de la tan repetida Ley, que por ello ha de ser estimado, siendo innecesario el examen de los motivos restantes.

RECLAMACION DE CANTIDAD FORMULADA EN REPRESENTACION DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS. LOS RECURSOS DE CASACION NO SON UNA TERCERA INSTANCIA. LOS DOCUMENTOS PRIVADOS, A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1225, SON «LOS EXPRESIVOS DE UN ACTO CONSTITUTIVO DE UNA OBLIGACION QUE HAN DE ESTAR SUSCRITOS POR LA OTRA PARTE CONTRA QUIEN SE ALEGAN, O POR OTRA PERSONA EN SU NOMBRE, Y DIRIGIDOS A QUIEN LOS INVOCA, LOS CUALES, UNA VEZ RECONOCIDOS Y AUTENTICADOS, ADQUIEREN EL RANGO DE PRUEBA PLENA CONTRA EL OBLIGADO» (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1970).

Considerando: Que el ordinal 7.º del artículo 1692 de la Ley Procesal, tanto en orden al error de hecho como al de derecho, no autoriza a hacer una revisión completa de la prueba practicada, porque, cual se expresa en la Sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1945, los recursos de esta clase no son medio de acceso a una instancia más, en la que se sometan a nuevo examen todas las cuestiones y elementos de juicio que integran el proceso, con autorización al recurrente para que impugne las apreciaciones del sentenciador, relativas a la prueba, de manera distinta a la que dispone el meritado número 7.º del repetido artículo 1692.

Considerando: Que el error de derecho debe estar referido a la valoración probatoria, con remisión explícita a una norma legal que sea para el juzgador de acatamiento obligado, y, en este orden, hay que significar que el artículo 1225 del Código civil, que se cita como precepto violado, establece que el documento privado reconocido legalmente (y a ese reconocimiento se refiere el artículo 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tendrá el mismo valor que la escritura pública, entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

Los documentos privados a que se refiere el mencionado artículo 1225, en sentido propio, son los expresivos de un acto constitutivo de una obligación que han de estar suscritos por la otra parte contra quien se alegan, o por otra persona en su nombre, y dirigidos a quien los invoca, los cuales, una vez reconocidos y autenticados, adquieren el rango de prueba plena contra el obligado (Sentencias de este Tribunal de 21 de octubre de 1943 y 21 de junio de 1945), por todo lo que bien se advierte que dichos escritos no tienen el valor probatorio que el recurrente les

atribuye y que no existe el error de derecho denunciado, máxime si se tiene presente que—conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala—no puede invocarse el artículo 1225 del Código, cuando el fallo se funda en el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio, como en este caso ocurre, pues, aparte los hechos que en la sentencia de primer grado se estimaban probados, el Tribunal *a quo* se refiere, además, a la apreciación en conjunto de las pruebas practicadas.

DECLARACION DE PRESTAMO USURARIO. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1970).

Es doctrina reiterada de esta Sala, establecida, entre otras, en las Sentencias de 15 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1968 y 28 de octubre de 1969, que en los pleitos sobre préstamos usurarios no cabe fundar un recurso de casación por infracción de Ley, en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que en esa clase de juicios no se trata de ponderar las pruebas, sino de formar libremente el juzgador, no excluido el Tribunal Supremo, su convencimiento íntimo en orden a la existencia de un préstamo usurario, en virtud de la facultad extraordinaria que le otorga el artículo 2.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908.

Esta Sala, en uso de la facultad dicha, puede entrar en el análisis de las alegaciones de las partes y pruebas aportadas a las autos, si bien, a fin de evitar que el ejercicio de la misma convierta la casación en una tercera instancia, se han de aceptar los hechos establecidos en la sentencia recurrida, en tanto en cuanto no se encuentren en manifiesta disconformidad con las resultancias procesales.

LA FACULTAD DE INTERPRETAR LOS CONTRATOS ES PRIVATIVA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1970).

La función interpretativa de los contratos, según reiterada doctrina de esta Sala—reflejada en las Sentencias de 6 de febrero de 1945, 9 de abril de 1946, 22 de octubre de 1956, 4 de octubre y 14 de noviembre de 1963, entre otras—es privativa de los juzgadores de Instancia, y debe ser respetada en casación, salvo que se evidencie el resultado ilógico y desorbitado de la interpretación efectuada.

E. I. M.

4.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA UNIDAD REGISTRAL DE FINCA Y EL REGISTRO MUNICIPAL DE SOLARES

SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1971

I. PLANTEAMIENTO

1. *Los hechos*

a) El propietario de tres fincas registrales independientes colindantes procede a la agrupación de las mismas, mediante la correspondiente escritura pública, que se inscribe en el Registro de la Propiedad. A partir de aquel momento, lo que eran tres fincas registrales independientes se transforman en una sola finca registral a todos los efectos.

b) Las tres fincas agrupadas ofrecían características distintas:
— Una era un solar en el que no existía edificación alguna.
— Otras dos, edificios deshabitados.

c) El propietario que había agrupado las fincas tiene el proyecto de demoler lo edificado y construir un nuevo edificio único sobre la base de los tres solares resultantes de la agrupación.

d) En la única finca registral resultante de la agrupación el volumen edificado (es decir, el de las dos casas construidas en dos de las fincas) es inferior al 50 por 100 del mínimo que las Ordenanzas autorizan edificar en la finca (es decir, en la suma de la superficie de las tres fincas agrupadas).

Y, entendiendo que se da el supuesto previsto en el artículo 5.º, párrafo quinto, a), del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964, se incoa el procedimiento para inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares.

e) La Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, el 22 de diciembre de 1967, adopta el siguiente acuerdo: «La inclusión en el Registro Municipal de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa de la finca sita en la calle de Infantas, número 44, propiedad de .., por tratarse de un solar no edificado, incurso en el apartado 1 del artículo 5.º de la Ley de 5 de marzo de 1964 sobre Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, en relación con el apartado 3 del artículo 142 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, y la desestimación de la solicitud de inclusión en el Registro Municipal de Solares de las fincas 6 y 7 de la plaza del Rey, de la misma propiedad, por no encontrarse incursas en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 5.º del Reglamento antes citado, y sus concordantes.»

f) Una vez agotados los recursos administrativos, el propietario interpone «recurso contencioso-administrativo».

2. *La Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1971*

La Sala 4.ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de junio de 1971, de que fue ponente José María Cordero Torres, confirma la apelada y, por tanto, el acuerdo de la Gerencia, basándose en los siguientes «considerandos»:

«Considerando: Que la primera parte apelada ataca a la sentencia por ser incongruente las resoluciones administrativas que confirmo, con lo que participa de igual tacha arrancada de la vulneración del artículo 13 del citado Reglamento de 1964, y los 40, 69, 71 y 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordantes con los 359 de la Ley de Régimen Local y 43 de la Jurisdiccional, ya que solicitada la inscripción en el Registro de Solares de una sola finca la Administración y el Tribunal *a quo* la han dividido en tres, accediendo a lo pedido en cuanto a la casa número 44 de la calle de las Infantas, pero no respecto de los números 6 y 7 de la plaza del Rey sin previa declaración que hubiera permitido la adecuación de pretensiones, yendo contra el Registro de la Propiedad, con las consecuencias del artículo 44 del Reglamento Hipotecario, y según la segunda parte apelante de los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; además de no haberse resuelto las cuestiones planteadas sobre el real volumen de lo edificado en relación con el mínimo exigible, alegatos que han de ser seguidamente enjuiciados, habida cuenta de que la segunda parte apelante hace los suyos, pero como problema sustancial.

Considerando: Que la pretendida infracción de la congruencia procesal no es sino una exteriorización de la tesis, jurisdiccionalmente inaceptable de la autoridad administrativa, ha de limitar su acción a la presentación que los interesados hagan de los problemas de que aquélla conoce, olvidando la amplia facultad del artículo 93, 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo; argumento aquel al que se añade el no menos rechazable de que el principio de congruencia procesal en el ámbito jurisdiccional—arts. 43 y 83 de la Ley Reguladora de 1956—supone, no el deber de enjuiciar y decidir «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas, sino siguiendo el planteamiento ofrecido por una o varias partes, y decidiendo de modo indivisible la inadmisibilidad, estimación o desestimación, cuando—aparte del supuesto de nulidad ligable a la segunda y tercera de tales soluciones—la realidad legalmente discordante de los hechos y de su calificación jurídica conduce a una resolución obligadamente plural, que puede estimar en parte y desestimar en el resto lo postulado, como frecuentemente sucede en este procedimiento, dada la variedad y complejidad de las materias contencioso-administrativas, como sucedió en el caso de autor.

Considerando: Que, en efecto, la Administración, y luego el Tribunal a que apreciaron actuaciones, debido a la iniciativa y al interés subjetivo de una de las partes; la agrupación del Registro de la Propiedad de tres antiguas fincas, dos en características urbanas antagónicas de las que ofrecía la tercera, la finca 44 de la calle de las Infantas, demolida y transformada en solar, mientras que las otras eran y son edificios habitados y utilizados en perfectas condiciones, con entradas y dependencias independientes, por las puertas de los citados números 6 y 7 de la plaza del Rey, y con la mera relación—aparte de la colindancia—

de la crección en una parte trasera conjunta de construcciones utilizadas por un arrendatario, disparidad de situaciones compatibles dentro del sistema inmobiliario español de inscripciones dominicales, pero que no cambia el alcance y las consecuencias urbanísticas del artículo 142 de la Ley del Suelo, y del 5 del Reglamento de 1964, pues la materia enjuiciada no es civil ni dominical, sino administrativa y concretamente urbanística, sometida, por tanto, a los preceptos de este carácter que regulan la procedencia o improcedencia del ejercicio de una potestad pública de renovación de las ciudades y no de existencia de propiedades ni otros derechos reales.

Considerando: Que las casas números 6 y 7 de la plaza del Rey, de Madrid, no pueden incluirse en ninguno de los supuestos del artículo 142 de la Ley del Suelo, ni del artículo 5.º del Reglamento de 1964, ya que los argumentos que se encaminan a tal fin reposan sobre la intrascendente agrupación dominical a un solar contiguo que sigue inscrito en el Registro Municipal, amalgamando los datos de superficie, volúmenes edificables y constituidos y alturas del heterogéneo y artificial conjunto, a fin de poder rebasar los porcentajes totales en relación con los límites de la Ordenanza número 3 (zona de conservación artístico monumental y estética), cuando en autos se ha probado exhaustivamente que la situación de aquellas dos casas es urbanísticamente legal, según el detalle numérico que refleja el sexto considerando del fallo apelado, por lo cual la conclusión a que llegó el Tribunal *a quo* debe confirmarse como acertada.»

3. Cuestiones que plantea

Ante la inclusión en el Registro Municipal de Solares de sólo una de las fincas agrupadas, prescindiendo de la unidad registral, los problemas que fundamentalmente se plantean son los siguientes:

- a) Si ello es posible, pese a que la pretensión del interesado se refirió a la totalidad de la finca: problema de congruencia.
- b) Si la Administración puede en todo caso prescindir del Registro de la Propiedad.

II. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y REGISTRO MUNICIPAL DE SOLARES

1. La dualidad Registro de la Propiedad y registro administrativo, que tantas dificultades y problemas ha planteado, adquiere importancia extraordinaria cuando el registro administrativo es el Registro Municipal de Solares. De aquí que los redactores de la legislación urbanística, respetuosos con la institución del Registro de la Propiedad, trataran de lograr una coordinación entre ambos Registros, a fin de evitar lo que ocurría al relacionar el Registro de la Propiedad con otros Registros administrativos. De tal modo que la base fundamental a efectos urbanísticos siempre es la finca jurídica inscrita en el Registro de la Propiedad, ya que esta última institución registral, por la trascendencia que tiene en todos los trámites administrativos a efectos del Registro de Edificación Forzosa, especialmente en los casos de venta forzosa, extensión de notas marginales, certificaciones y cancelaciones de las cargas existentes en el inmueble, etc., hace que exista una total concordancia entre la vida jurídica del Registro de la Propiedad y la existencia de finca administrativa, basada principalmente en que aquella inscripción

registral inmobiliaria es el título pleno de la finca urbana, ya que, pasando al trámite de calificación registral, goza de protección que le confiere la Ley, estando respetada por la salvaguardia de los Tribunales.

2. La correlación antes expresada entre ambos Registros se refleja en el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, según el Decreto de 5 de marzo de 1964, que impone: la constatación registral obligatoria de la servidumbre o limitación del dominio (artículo 7.º); la inclusión de la finca en el Registro de Solares por medio de nota marginal (art. 18); la anotación preventiva caducable a los cuatro años (art. 19); la nota marginal que acredite el incumplimiento de la obligación de edificar (art. 27); y las demás inscripciones derivadas del procedimiento de enajenación forzosa (art. 38). En todos estos artículos indicados, como en general en el Reglamento de Edificación Forzosa, al referirse al concepto «finca» inscribible, lo hace siempre a la que figura como tal en el Registro de la Propiedad. Es indiscutible que existe una prioridad de normas jurídicas fundamentales, como son el Código civil, la Ley Hipotecaria, etc., sobre las normas administrativas, y mucho más se resalta dicho rango de prioridad cuando en materia inmobiliaria la autoridad administrativa va a la retaguardia del frente que abren las leyes civiles, que regulan el usual convivir de las personas físicas y jurídicas. A efectos de facilitar la coordinación entre el Registro Inmobiliario y el Administrativo de Edificación Forzosa, tienen acceso al último las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad con su número correspondiente. Se destaca, sobre todo, la subordinación del Registro de Solares al denominado Registro de la Propiedad, cuando se llega a la base de ejecución de los acuerdos, y es imposible dar cumplimiento a cuanto contienen las resoluciones administrativas. La esencial finalidad del Registro de Solares es la enajenación forzosa de la finca inscrita en el Registro de Solares y este principal objetivo del mismo cae por su base si la finca inscrita en aquél no se corresponde exactamente con la finca que, como unidad registral, figura en el clásico Registro de la Propiedad.

3. Si no existe tal conexión puede conducirse a resultados de difícil solución. Pensemos que una finca registral única que sólo se incluye en parte en el Registro. En tal supuesto, si se llega a la venta forzosa de la parte incluida, será necesario proceder previamente a la segregación, y actos subsiguientes.

III. POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN PARCIAL DE UNA FINCA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. Las consideraciones expuestas parecen conducir a la conclusión de que las autoridades administrativas no pueden prescindir de lo que resulta de los libros del Registro. Deberán decidir en un sentido o en otro, partiendo de la unidad de finca del Registro de la Propiedad. De otra forma, tendría la Administración pública que proceder a una rectificación de los asientos del Registro, que están bajo la protección de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Y todas las formas de rectificación del Registro se resumen (como los Mandamientos de la Ley de Dios), en dos: o por consentimiento del titular del asiento, o por sentencia judicial, pero alcanzada a través de un juicio declarativo, y dictada por la jurisdicción ordinaria.

Por tanto, aun en el supuesto de que la Administración creyera que se había consumado con la agrupación de fincas y ulterior inscripción

un fraude de la legislación sobre Registro Municipal de Solares, carece de jurisdicción para alterar lo que resulta de los asientos del Registro de la Propiedad.

2. Sin embargo, parece partir de principio distinto el vigente Reglamento de Edificación Forzosa. Según el párrafo primero del artículo 5.º del Reglamento de 1964, se consideran solares no edificadas «los que carezcan en su totalidad de construcciones permanentes o la parte de los mismos no utilizada y susceptible de aprovechamiento, con arreglo a las normas vigentes y disposiciones de los planes».

La redacción del precepto no ofrece duda: si existe una finca registral única, pero únicamente está edificada en una pequeña parte y en el resto no existen construcciones permanentes, esta parte tiene la consideración de solar si la misma es edificable con arreglo a los planes, con la salvedad que se contiene en el artículo 6.º, párrafo 1, apartado b), del Reglamento de 1964 (1).

Por tanto, pese a las dificultades apuntadas, el Reglamento está admitiendo la inclusión parcial de una finca única en el Registro de la Propiedad. Luego, en el supuesto de que esa finca resulte de una agrupación de fincas, con mayor razón deberá admitirse esta posibilidad de inclusión parcial.

En este punto, por tanto, la doctrina de la Sentencia comentada responde a los principios informantes del Reglamento, que contiene una normativa en este punto concreto de legalidad muy discutible a la luz de los principios informantes de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario.

IV. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. Ahora bien: si discutible es la solución de la jurisprudencia desde el punto de vista de los principios hipotecarios, aún lo es más desde el principio de congruencia, pese a la flexibilidad con que se regula e interpreta (2).

2. La Administración puede otorgar lo instado, o denegarlo; no puede denegar lo instado y otorgar una cosa distinta de lo pedido, y en la que nadie ha demostrado interés.

Si la Administración tiene interés en acordar alguna cosa, puede incoar de oficio un expediente y hacerlo; pero no puede hacerlo en un expediente incoado a instancia de parte..., si lo que pide esta parte y lo que la Administración acuerda son cosas distintas, si se otorgan cosas que nadie ha pedido.

La Administración no puede, en efecto, otorgar en un expediente incoado a instancia de un particular cosas que éste no haya pedido. Así lo dijeron ya las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1897 y 31 de marzo de 1930. Y la de 29 de enero de 1957, que dijo: «El más elemental principio de procedimiento administrativo exige que para que se acceda por la Administración a la petición de un particular es que éste la haya formulado.» Y la de 13 de noviembre de 1968 insiste en que la Administración no puede resolver sobre lo que no se le había solicitado.

La Sentencia comentada estima que no hubo incongruencia en la resolución administrativa, puesto que el hecho de la iniciación del pro-

(1) Cfr. mi trabajo *El Registro Municipal de Solares*, Madrid, 1965, pág. 64.

(2) Me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1969, págs. 112-113 y 150-153 y 364-366.

cedimiento a instancia del particular no hace sino señalar los límites en todo caso si ocurriese que hubiera pedido la inscripción de tres fincas máximos de la decisión; pero tal razonamiento sólo podría admitirse y la Administración hubiera (denegando la inscripción de dos y accediendo a la de una) otorgado menos de lo pedido; pero lo ocurrido no es esto; lo ocurrido es que se pidió la inscripción de una sola finca y la Administración denegó esta inscripción, y otorgó la de otra finca cuya inscripción nadie le había pedido.

La Administración puede otorgar lo pedido, denegarlo u otorgar menos de lo pedido. Pero no puede otorgar lo que no se ha pedido. Y en este caso otorgó la inclusión en el Registro de Solares de una finca (el solar de la calle de Infantas) cuya inclusión nadie había pedido.

El artículo 13 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro de Solares admite tres formas de incoación del procedimiento de inclusión de una finca en el Registro: «A) Por iniciativa del Ayuntamiento. B) A requerimiento de órganos urbanísticos; de oficio o a instancia de otro organismo público; y C) A instancia de cualquier persona.

Ha quedado perfectamente determinado que el expediente administrativo se ha incoado por la tercera forma, es decir, a instancia de una persona jurídica, y como estamos entonces ante el clásico principio de jurisdicción rogada, la autoridad administrativa está obligada a resolver exclusivamente sobre la petición que se le formula que delimita el objeto del procedimiento administrativo, y que en el presente caso es sobre si procede la inclusión o no inclusión de la finca registral inmobiliaria, concreta y determinada, que fue objeto y contenido de la súplica; y al no haberse resuelto en la forma indicada el expediente tramitado, al hacerlo con tal absurdo acuerdo, impide en clara incongruencia violando el principio jurídico fiel reflejo de todo juicio lógico, denominado de congruencia.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

V. IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

PERSONAS JURIDICAS: Notificación de la base liquidable. Devengo del impuesto. Aplicación del índice de precios medios establecido por la Orden ministerial de 10 de julio de 1957. Comprobación de valores. (RESOLUCIÓN DE 12 DE MARZO DE 1970.)

A) *Hechos.*—El reclamante en este caso era un Ayuntamiento, y su escrito de alegaciones contenía, en síntesis, las siguientes: a) Nulidad de la liquidación por no haberse notificado previamente la base. b) Impertinencia de aquélla porque, practicada en 1968, habría de referirse al impuesto que se devengaría en 31 de diciembre, anticipación no permitida por el ordenamiento vigente. c) Improcedencia de girar el impuesto sobre la base obtenida por aplicación del Índice de precios medios de venta, pues ha de entenderse que no se halla vigente, al no haber sido objeto de la revisión periódica prevista en la Orden ministerial de 1957. d) Necesidad de que el impuesto grave el efectivo rendimiento de los bienes de la Corporación, cuya cuantía anual es perfectamente conocida de las dependencias oficiales.

El Central rechaza los cuatro motivos del recurso, razonando en la forma que sigue:

B) *Doctrina.*—Respecto a la primera de las cuestiones acotadas, porque del examen conjunto de los preceptos del Reglamento de 15 de enero de 1959, que se refieren al Impuesto que grava los bienes de las Personas Jurídicas, fácilmente se deduce que no existe infracción de los mismos al girar la liquidación anual sin previa notificación de la base liquidable, y ello por las siguientes razones: 1) En la mecánica de este Impuesto, según claramente se infiere de los artículos 85-6, 287 y 288-1, existen dos actos de gestión perfectamente diferenciados, cuales son la aprobación del expediente de comprobación de valores, y el de liquidación del Impuesto, sin que pueda contemplarse otro distinto (fijación de base liquidable), porque la determinación de ésta corresponde, según reite-

radamente ha resuelto este Tribunal, al acto administrativo de liquidación. 2) La comprobación de valores en el Impuesto que grava los bienes de las Personas Jurídicas es obligatoria, y, naturalmente, la aprobación del expediente constituye acto administrativo independiente que, como tal, según el artículo 85-6, ha de notificarse a la entidad interesada; pero tal obligación existe, según claramente expresa el artículo 287-1, cuando la persona jurídica presente declaración de sus bienes, o adiciones a la misma, o la promueve si, a tenor de lo que autoriza el artículo 282-5, formula declaración de reducción de valores, pues si no la Administración puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 288-3, al preceptuar que «después de girada la primera liquidación, las sucesivas anuales que procedan se practicarán precisamente en el segundo mes de cada ejercicio económico, si no dieran lugar a una nueva comprobación de valores». 3) En el caso de que no sea obligatoria la comprobación de valores y la Administración haga uso de la facultad antes referida, se practica y se notifica la liquidación, sin necesidad de diligencia alguna que la preceda, pues también el ya citado número 3 del artículo 288 es claro al respecto, al decir que se girarán las liquidaciones en el mes expresado «notificándolas al representante de la persona jurídica».

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas porque el artículo 52 del texto refundido de la Ley, reproduciendo el artículo 139 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, preceptúa que el Impuesto que grava los bienes de las Personas Jurídicas «se devengará el 31 de diciembre de cada año», el cual, armonizado con lo dispuesto en el artículo 288 del Reglamento de 15 de enero de 1959 (de aplicación conforme a la sexta disposición transitoria de dicho texto refundido), de que las liquidaciones se practicarán precisamente en el segundo mes de cada ejercicio económico, demuestra que la girada en febrero de 1968 se refiere al tributo devengado en 31 de diciembre anterior.

Igualmente, es inviable el tercer motivo del recurso, que supone la no vigencia del Índice de precios medios que en su día aplicó la Oficina gestora en la comprobación de valores, pues al enunciar el artículo 117-3 del repetido texto refundido de la Ley como uno de los medios ordinarios de comprobación «los precios medios de venta que se establezcan por Orden del Ministerio de Hacienda», claramente se refiere, ínterin no lo sustituyan otros, a los del Índice que dicho Ministerio mandó confeccionar por Orden de 10 de julio de 1957, por lo que, según el texto legal, no es necesaria revisión periódica del Índice para su vigencia y aplicación en tanto no se ordene su sustitución. A mayor abundamiento, aun acudiendo a la letra y al espíritu de dicha Orden ministerial, con simple afán especulativo, también carece de relevancia el argumento del recurso, porque si bien el artículo 9.º de aquélla se refiere a un revisión de los índices, quinquenal, o anticipada al vencimiento de los cinco años, tal revisión tendría por objeto su actualización «a fin de acomodarlos a la coyuntura de la nación en aquel momento», de lo cual se deduce que el hecho de no haberse revisado en 1963 no implica la caducidad de los repetidos Índices, y sí que se habrá estimado conveniente mantener sus precios medios, bien porque no hayan tenido alteración o porque la «coyuntura económica de la nación lo aconsejara», porque lo lógico, por el transcurso de doce años, es que esos precios hayan experimentado aumento, y si fuere lo contrario, el contribuyente siempre estará amparado ejercitando su derecho de solicitar en momento oportuno la tasación pericial contradictoria.

Finalmente, tampoco se acepta el cuarto motivo, porque el Impuesto que grava los bienes de las Personas Jurídicas no es de producto, sino

de capital, por lo que para comprobar el valor de un inmueble, si se utiliza el sistema de capitalización de rentas, según el artículo 117-9 del reiterado texto refundido de la Ley en relación con el artículo 80-9 del Reglamento, ha de estimarse como tal el promedio obtenido durante el quinquenio, siendo éste un medio ordinario de comprobación de facultativa aplicación por la Oficina gestora (1).

6. *COMPROBACION DE VALORES: Naturaleza de la finca. Aplicación del valor asignado a los solares a efectos del arbitrio municipal sobre plusvalía.* (RESOLUCIÓN DE 13 DE MARZO DE 1970.)

A) *Hechos.*—Según la escritura presentada a liquidación, la finca transmitida se describía así: «Parcela de tierra calma de regadío, al sitio de Cortijo del Castillo, término de Córdoba, de cinco fanegas de extensión, equivalentes a tres hectáreas, seis áreas y cinco centiáreas; que linda al norte y este con resto de la finca de que se segrega, etc.»

Por aplicación del artículo 117, número 4, del texto refundido del Impuesto, se hizo la valoración por metro cuadrado, y el interesado impugnó el expediente de comprobación alegando que, aun cuando el Ayuntamiento, a fines del arbitrio sobre plusvalía, había fijado valor al cortijo «El Castillo», no era procedente atribuirle por este solo hecho la condición de solar, pues las parcelas en que se hallaba dividido no estaban urbanizadas y carecían de los servicios municipales de alumbrado, enladrado de aceras o afirmado (según certificación de dos arquitectos que se acompañaba), y la finca tributaba por rústica y era explotada como tal (según certificaban, asimismo, la comunidad de regantes del pantano de Guadalmellato y la Hermandad de Labradores).

El Tribunal Central desestima la alzada, sentando la siguiente:

B) *Doctrina.*—Que para el enjuiciamiento de la cuestión planteada ha de partirse de un hecho, admitido por el propio recurrente, cual es el que los terrenos que integran la finca en cuestión estaban incluidos por el Ayuntamiento en el Índice confeccionado para la exacción del arbitrio municipal sobre plusvalía, y que, con base en tal circunstancia, se utilizó como medio ordinario adecuado a la naturaleza del bien, e idóneo para reflejar su verdadero valor, el enunciado con el número 4 en el artículo 117 del texto refundido de la Ley, que autoriza la comprobación por «los valores asignados a los solares a los efectos del arbitrio de plusvalía».

Que, en consecuencia, la Oficina gestora procedió correctamente al utilizar, en uso de la facultad que le concede el artículo 80-3 del Reglamento fiscal, uno de los medios ordinarios de comprobación previsto por la Ley, y adecuado a la naturaleza del bien transmitido, pues el dilema de si éste puede ser estimado o no como solar, ni debe plantearse, ni puede ser resuelto en la presente reclamación económico-administrativa (1), que versa sobre si procede o no utilizar para comprobar su valor a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el que tiene asignado para el arbitrio municipal de plusvalía.

(1) Idéntica doctrina a la anteriormente expuesta se recoge en la Resolución de 16 de abril de 1970.

(1) El cauce adecuado para este tipo de reclamación hubiera sido el previsto en la Ley de Régimen Local, artículos 727 y 729, núm. 2.

7. **NATURALEZA DEL ACTO O CONTRATO. DEPOSITO EN GARANTIA DE SUMINISTRO:** *Constituye a efectos fiscales un derecho real de prenda cuya extinción está sujeta al Impuesto.* (RESOLUCIÓN DE 23 DE ABRIL DE 1970.)

A) *Hechos.*—Como consecuencia de concurso convocado por un organismo oficial para el suministro de determinadas materias primas, y en cumplimiento de lo previsto en el pliego de condiciones, el adjudicatario venía obligado a constituir en la Caja General de Depósitos una garantía en metálico cuya devolución motivó una liquidación por el número 5 de la Tarifa al 1,90 por 100. La petición formulada en el recurso era sencillamente que el acto debía declararse exento por tratarse de una extinción o devolución de depósito necesario sin interés, no incluido entre los que la legislación fiscal enumera como sujetos.

He aquí la tesis del Tribunal Central:

B) *Doctrina.*—Que aun cuando la prestación de la garantía se formalizara administrativamente mediante un depósito, tal documentación no desvirtúa la naturaleza jurídica del acto, consistente en la constitución de un derecho real de garantía prendaria, como así se desprende en forma inequívoca de los términos contenidos tanto en el resguardo como en el impreso de constitución del depósito, en el que se indica que el motivo del mismo es asegurar la prestación del suministro contratado.

Que sentado lo anterior y admitido que el mandamiento de pago expedido en su día por decisión de una autoridad administrativa es la expresión formal de la extinción o cancelación de un derecho real de prenda, sujeta expresamente al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con arreglo a los términos del artículo 54, apartado 2.º, del texto refundido vigente, viene obligado a su pago conforme al artículo 67, apartado c), del mismo texto legal, aquel a cuyo favor se realice la cancelación, o sea, el reclamante en el presente caso.

8. **VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL:** *A efectos de las exenciones previstas en la ley, deben considerarse como tales, cualquiera que sea su denominación específica, todas aquellas acogidas a los diversos regímenes a que se refiere la disposición derogatoria del texto refundido de 24 de julio de 1963 (casas baratas, económicas, viviendas protegidas, bonificables, de renta limitada, etc.), y cualesquiera otras que reúnan las condiciones establecidas por el artículo 2.º del aludido texto refundido.* (RESOLUCIÓN DE 6 DE MAYO DE 1970.)

A) *Hechos.*—La única cuestión planteada en el recurso consistía en decidir si una compraventa (efectuada en noviembre de 1963) de unos locales de negocio integrantes de un edificio calificado como de «Viviendas de renta limitada subvencionadas», construido al amparo del Decreto de 22 de noviembre de 1957, debían gozar de exención, a pesar de que el precio se pagó al contado.

El Tribunal Provincial entendió no aplicable al caso el número 30 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, en base a una interpretación de la Disposición Transitoria primera de la Ley de 24 de julio de 1963; y en cuanto a la legislación anterior (Decreto de 22 de noviembre de 1957, modificado por el de 5 de marzo de 1959), porque obligaba a distinguir entre viviendas y locales de negocio, gozando de exención sólo las primeras.

El Tribunal Central, en su fallo, comienza fijando la legislación aplicable; delimita después el concepto «Viviendas de protección oficial», bajo cuya genérica denominación debe entenderse comprendida toda la amplia gama de viviendas protegidas, y, finalmente, glosa los requisitos exigidos por la norma citada.

B) *Doctrina*.—Que para enjuiciar este caso es procedente acudir, en primer término, a la Ley de 11 de junio de 1964, cuyo artículo 146 número 30 declara exentas las primeras transmisiones *inter vivos* del dominio de las «Viviendas de protección oficial», ya se haga por edificios, bloques completos o separadamente de viviendas o locales, así como la de los servicios de urbanización, siempre que tengan lugar dentro de los seis años siguientes a su calificación definitiva, entendiéndose concedida la exención con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.

Que aun cuando ese texto legal hace referencia exclusivamente a las «Viviendas de protección oficial», ello no es obstáculo para reconocer la exención a la transmisión de las «Viviendas de renta limitada», toda vez que si bien la primera denominación sólo podrá aplicarse conforme a la disposición adicional primera del texto refundido de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, cuando entrase en vigor su Reglamento; tal disposición adicional considera como «Viviendas de protección oficial», cualquiera que sea su denominación específica, todas aquellas acogidas a los diversos regímenes a que se refiere la disposición derogatoria del texto refundido de 24 de julio de 1963 (casas baratas, económicas, viviendas protegidas, bonificables, de renta limitada, etc.) y cualesquiera otras que reúnan las condiciones establecidas por el artículo 2.º del aludido texto refundido.

Que admitido que la norma aplicable es la contenida en el número 30 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, se precisa examinar el alcance del condicionamiento a que, en la propia norma, se somete la exención, a saber: «el cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, lo cual puede ser entendido de dos maneras contrapuestas: a) como referente a los requisitos que las disposiciones vigentes exigen para obtener la exención del impuesto, y b) como referente a los requisitos que las disposiciones vigentes exigen para que las viviendas (y locales) sean calificados definitivamente como «Viviendas de protección oficial».

La primera interpretación es la acogida en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial objeto del recurso; pero ese entendimiento de la norma contemplada no resulta aceptable, primero, porque si el legislador hubiese querido referirse a los requisitos para obtener la exención (en cuanto pudieran diferir de los requisitos para obtener la calificación) no parece lógico que se remitiera a «las disposiciones vigentes», sino que en el propio texto los habría establecido y precisado; segundo, porque el artículo 184 de la mencionada Ley de Reforma Tributaria estatuye, como régimen transitorio, la inefectividad de «cuantas exenciones y reducciones no figuren mencionadas en este capítulo, a cuyos preceptos habrá de estarse exclusivamente, para determinar la exención de las en ella recogidas, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor», debiendo notarse que en dicho capítulo se insertan los números 29 y 30 del artículo 146; tercero, porque aunque se entendiera que se trata de las disposiciones tributarias vigentes cuando se otorgó la calificación de viviendas de renta limitada subvencionadas habría de te-

nerse en cuenta que, si bien la Ley de 21 de marzo de 1958, en su artículo 3.º, A), número 59, párrafo penúltimo, preceptuaba que no gozarán de estas exenciones las viviendas clasificadas en el primer grupo establecido en el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954, a las que se refiere el artículo 30 de la misma Ley, que se destinen a la venta, salvo que reúnan los requisitos de que la superficie construida por vivienda no exceda de 200 metros, y de que el pago del precio quede aplazado por cinco años como mínimo, la exigencia de estos requisitos sólo podría afectar a la venta de viviendas destinadas a hogar, pero no a los locales de negocio establecidos en los mismos edificios, toda vez que la cita del artículo 30 de la Ley de 15 de julio de 1954 no tendría sentido referida a los locales de negocio, respecto de los cuales nunca ha habido normas reguladoras de precio de venta ni restrictivas de fijación de rentas.

Si atendemos a la otra interpretación del condicionamiento de la exención (es decir, como requisitos que las disposiciones vigentes exijan para que sean calificadas definitivamente como viviendas de protección oficial, o como viviendas de renta limitada subvencionadas), ya se atiende a la legislación refundida en el Decreto de 24 de julio de 1963, ya se consideren las disposiciones aplicables a inmuebles destinados a viviendas de renta limitada subvencionadas (1), es lo cierto que no puede citarse otra norma de condicionamiento de la protección de los locales de negocio, sino la de que las plantas y sótanos destinados a usos comerciales y similares no rebasen del 30 por 100 de la superficie total construida, si se trata de viviendas del grupo primero, ni del 20 por 100 cuando se trata de las viviendas del segundo grupo.

Que la coordinación de todas estas normas: regla denegatoria de las exenciones no comprendidas en la Ley de Reforma Tributaria; aplicabilidad del número 30 del artículo 146 de esta última; remisión a los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, y libertad de venta de locales comerciales en cuanto a superficie (que no exceda del 30 por 100 en el primer grupo y del 20 por 100 en el segundo; precio y pago; hace llegar a la conclusión de la exención de la primera transmisión por haber sido efectuada en los seis años siguientes a la calificación definitiva (2).

F. M. C.

(1) Tales disposiciones son la Ley de 15 de julio de 1954, Reglamento de 24 de junio de 1955, Ley de 13 de noviembre de 1957, Decreto de 22 de noviembre del mismo año, Decreto de 24 de enero y Orden de 1.º de febrero, ambos de 1958, y Decreto de 5 de marzo de 1959.

(2) La doctrina extractada tiene plena actualidad, pues el artículo 146, núm. 30, de la Ley de Reforma de 1964, invocado por los recurrentes, ha pasado a ser el 65, núm. 29, del texto refundido vigente.

LIBROS

ALLEN, CARLETON K.: *Las fuentes del Derecho inglés*. Trad. por A. Ortiz García. Madrid, 1969. Instituto de Estudios Políticos.

La obra *Law in the making*, de Allen, ha tenido una extraordinaria difusión en el mundo de lengua inglesa. Al ofrecer su traducción en español se nos brinda la oportunidad de conocer a través de un libro de elevado interés científico la concepción jurídica del pueblo inglés, su conjunto de fuentes, entre las que destaca la función creadora del juez. Nos permite también establecer una comparación con nuestro propio sistema de derecho, cuyos orígenes históricos y principios son distintos, y, en último término, podemos aprender siempre las soluciones a que llegó la experiencia de ese derecho vecino al nuestro.

La traducción viene acompañada de un previo estudio de la organización judicial inglesa que los traductores han considerado indispensable para llegar a comprender algunas de las cuestiones que en la obra se plantean. Aunque conciso, este estudio resume de manera clara y perfectamente asequible el complicado sistema de la organización judicial inglesa, fundamentalmente distinto al nuestro. Esquemáticamente, MARSH resume las características del Derecho inglés. En primer lugar, su continuidad histórica; en realidad no hay ninguna ruptura importante en el sistema jurídico inglés desde la conquista normanda hasta nuestros días. En segundo, la importancia de la centralización. Los tribunales ingleses, desde el siglo XII, tienen su sede en Londres. En tercero, la posición de la magistratura, que goza de un gran prestigio y autoridad, no sólo por el número muy elevado de jueces, sino también por la facultad que tiene el juez de crear el derecho. Y, finalmente, el elemento laico, que en el sistema jurídico inglés, a través del jurado, desempeña un relativo papel en el proceso legal del país.

Finaliza la exposición el traductor recogiendo unas palabras de MORTLAND, uno de los más relevantes historiadores del Derecho británico, que pueden repetirse aquí, la magistratura inglesa—que, como toda obra humana, tiene sus defectos y sus virtudes—sigue su camino *stumbling forward in our empirical fashion, blundering into wisdom*.

En su introducción, ALLEN analiza las dos concepciones fundamentales sobre la génesis del Derecho: la que sostiene que la esencia del derecho consiste en ser impuesto a la sociedad por una voluntad soberana y la que, por el contrario, sostiene que la esencia del derecho radica en desarrollarse dentro de la sociedad por su propia vitalidad. Para ALLEN, en el primer caso el derecho es artificial, hay una autoridad omnipotente, muy superior a la sociedad, promulgando hacia abajo sus mandatos; en el segundo, el derecho es espontáneo y crece hacia arriba, con independencia de cualquier voluntad dominante. Según la primera de estas concepciones, la existencia de una voluntad soberana dominante es requisito previo y absoluto para todo derecho. Antes de poder hablar de la existencia de normas merecedoras del nombre de derecho, tiene que

haber un soberano del que deriven su autoridad. La doctrina de AUSTIN defiende esta postura: la legislación es la expresión más apropiada de la voluntad soberana por ser la más directa. AUSTIN clasificó al Common Law, la costumbre, los precedentes, la equidad como «fuentes subordinadas». La doctrina de AUSTIN, sometida a duras críticas, era un reflejo de la de HOBBS. La estabilidad y la autoridad encierran el grave peligro de conducir hasta los que se han denominado estados totalitarios; para una comunidad democrática, la teoría de AUSTIN es bastante inadecuada. Y, sin embargo, la doctrina austiniana perdura todavía en Inglaterra.

A continuación estudia ALLEN los principales movimientos de la teoría de la jurisprudencia, que conducen a la posición hasta ahora prevalente en el derecho inglés, y que determinan radicalmente, según confiesa, en su manera de enfocar el estudio de las fuentes del derecho.

Un análisis histórico centra el tema. En él se destaca la idea del poder y de la ley en la Edad Media; el movimiento racionalista del siglo XVIII, sobradamente conocido para que aquí nos detengamos en él; la rebelión contra el racionalismo, en las reacciones teológica, histórica, la concepción savigniana del derecho y una serie de escuelas que van apareciendo posteriormente: sociología y escuela orgánica, iusnaturalismo, la doctrina de STAMMLER, KOHLER, etc. Se detiene especialmente en las teorías de EHRLICH, ROSCOE POUND y del movimiento realista americano, que tiene su antecedente más inmediato en la doctrina de LEÓN DUGUIT. La principal característica de este movimiento es la de atacar influencias que producen los «accidentes de litigio», por medio de los elementos variables del método forense y especialmente de la técnica judicial. Es interesante poner de relieve, dentro del orden de ideas que se desarrolla en este tema, las palabras siguientes: «Se paralizaría el desarrollo legal si nos permitiésemos creer que cualquiera que sea el derecho siempre es justo», palabras que pudieran ser tema de reflexión para nuestros tribunales de justicia y para nuestros juristas. En Estados Unidos, la influencia de las decisiones judiciales en la formación del derecho está destinada a ser particularmente poderosa e influyente, porque no hay que olvidar, por otra parte, que es un país en donde nació la filosofía pragmática, que conduce a una especial visión del derecho. El movimiento o dirección realista, no obstante, se ha visto criticado por sus exageraciones y últimamente está estrechamente relacionado con el sociólogo.

Después del análisis sucinto del realismo escandinavo, basado especialmente en las enseñanzas del filósofo AXEL HAGERSTROM, realismo que califica de «escéptico de la metafísica»—OLIVECRONA, dentro de esta tendencia, escribía que «el derecho no es más que un conjunto de hechos sociales»—, dedica un largo espacio de su estudio a Kelsen y su teoría pura del Derecho, que se alza en oposición a todo este realismo y le dedica una cuidada crítica.

Concisamente, de la exposición de las doctrinas referidas, ALLEN llega a la conclusión que estima necesariamente previa a su exposición de las fuentes del Derecho inglés: la de que el estudio de las fuentes de derecho no puede abordarse con la idea preconcebida de que se derivan de un origen único, ya sea del soberano, ya de cualquier otro.

Se va a ocupar, pues, en el trabajo que comentamos de aquellas fuentes de derecho de más frecuente estudio en esta ciencia, sin pretender una relación exhaustiva de las mismas.

Y ya para nosotros es aleccionador que la sistemática de este estudio se comience por la costumbre, siga con la interpretación judicial, después con la equidad. Y sólo finalmente, con la legislación ordinaria y subordinada.

Las diferencias de sistema son, como podemos ver, fundamentales y substanciales.

Se aborda en el capítulo primero el tema de la costumbre, su naturaleza y origen. Hay hábitos y costumbres sociales. Y hay costumbres legales, las cuales tienen su sanción y obligan a los miembros de una comunidad social. Son reglas «legales», en el sentido que hoy se da a este término, y son reglas coactivas y obligatorias de conducta, cuya infracción constituye una infracción de un «deber» positivo. Delimita el «Common Law» como costumbre. No es simplemente un conjunto de reglas consuetudinarias espontáneas, pues ello equivaldría a ignorar la influencia vital de la interpretación judicial en el derecho inglés. Pero tampoco es primariamente una creación artificial de mentes expertas, como lo son los códigos y los estatutos o leyes. Está profundamente enraizado en la base de las ideas y de las instituciones nacionales. BLACKSTONE lo intentó definir como «el derecho común o no escrito, que tiene el carácter de costumbre general, que son regla universal de todo el reino». Junto a esta costumbre está la costumbre particular, que afecta a habitantes de distritos concretos (¿nuestra costumbre del lugar?). Y ciertas leyes particulares, que consuetudinariamente son adoptadas y usadas por algunos tribunales particulares, de jurisdicción bastante general y extensa.

Las costumbres generales, contenido del «Common Law», son aquellos principios fundamentales de las relaciones legales que en su mayor parte no se encuentran en ninguna formulación expresa, sino que se suponen inherentes en nuestros acuerdos sociales.

Destaca el valor de las «presunciones» en el «Common Law», hasta el punto de que el derecho inglés está construido sobre las mismas. Un ejemplo típico de lo que acabamos de decir es que un delito como el asesinato no tiene definición ninguna en el derecho inglés. Es su definición un mosaico de principios reunidos durante muchos años de práctica e interpretación.

Hace un estudio profundo del origen de la costumbre, tema que ha provocado tantas controversias. En este sentido, la costumbre se ha considerado como un fenómeno legal y social, que crece por fuerzas inherentes en la sociedad, fuerzas que, en parte—ha concluido del análisis de sus orígenes—, son de razón y de necesidad y, en parte, de sugestión e imitación.

Continuando su exégesis de la costumbre, el capítulo segundo se dedica a la interpretación y aplicación de la costumbre. Comienza con la exposición de una serie de posturas doctrinales en torno al problema, desde SAVIGNY hasta EHRLICH, que sirven para poner de relieve los trazos fundamentales del mismo. Y salta a nuestros ojos la distinta concepción de la costumbre en el derecho inglés. En cuanto a la «Common Law», destaca que en punto a su interpretación es de notar que aunque cuenta con amplios elementos consuetudinarios, «las costumbres del reino eran más costumbres de los tribunales que del pueblo, lo que las separa de la idea de costumbre acogida en el derecho continental. La justicia real asumió el papel de establecer una uniformidad aproximada en cuestiones esenciales, en contra de la sorprendente diversidad de la costumbre local. La costumbre suprema pasa a ser la costumbre del Tribunal del rey. Desde entonces los tribunales reales llevan a cabo un proceso perpetuo de reconciliación y armonización para que las divergencias locales, aun siempre respetadas y salvadas, a veces celosamente, no impidan la simetría de la estructura principal. Hay así, pues, una constante acción y reacción entre el derecho consuetudinario nativo y el «arte» del intérprete. Y esto fue lo que condujo a MAINE a sostener que es, en realidad, el jurista, el hombre de leyes, la verdadera fuente y origen de todo el derecho consuetudinario. Lo que es innegable es que el jurista «encuentra el derecho», pero influye en él. El jurista o el magistrado han de tratar siempre con prácticas derivadas de verdaderas nor-

mas sociales, nunca crean ni inventan la costumbre en el verdadero sentido de la palabra, la interpretación judicial a veces la deja intacta, a veces la modifica tan esencialmente que parece ser invención del intérprete.

El alcance de la costumbre, por lo que respecta a su aplicación, es cada vez menor a medida que se hace más explícita, como sucede en sistemas como el nuestro español, la formulación de las reglas legales, y se establece un sistema más elaborado de creación y administración del derecho. Siguen, sin embargo, perviviendo las costumbres antiguas y surgiendo nuevas costumbres. En punto a la aplicación de la costumbre, es principio rector del derecho inglés que si la existencia y la observancia de una costumbre se demuestra en un tribunal inglés por pruebas satisfactorias, la función del tribunal es meramente la de declarar que la costumbre es derecho. La costumbre no deriva su validez inherente de la autoridad del tribunal, «la sanción» del tribunal es declarativa más que constitutiva. Ahora bien, para merecer su reconocimiento hay que probar su verdadera existencia y vigencia.

En resumen, la costumbre existente es, por tanto, derecho y si no es puesta en duda actúa como tal. Si no se prueba su existencia, se declara que no es derecho y carece de validez, y en ocasiones, aun probada su existencia, si se prueba que es maligna en sus tendencias, es derogada por el tribunal y carece de fuerza coactiva.

El contenido del capítulo III es el estudio del precedente, su naturaleza jurídica e historia, comenzando por una teoría de la decisión judicial.

La teoría de la decisión judicial reviste especial interés para nosotros, que tenemos un sistema de derecho fundamentalmente distinto al inglés en este aspecto. Parte ALLEN de la premisa de la doble consideración que puede tener el proceso de la decisión judicial: deductivo e inductivo. La primera está asociada con los sistemas codificados y afirma que la norma legal aplicable en cada caso particular es fija y cierta desde el comienzo; la misión del juez es que se aplique esta regla según requiere la justicia, de acuerdo con el derecho y sin referencia ninguna al propio punto de vista personal del mismo. La sentencia del juez va directamente de lo general a lo particular, de la regla general a las circunstancias particulares del caso concreto. Y no está necesariamente influida por las deducciones de otros tribunales. De aquí se concluye que ninguna sentencia individual contiene autoridad futura en sí misma. Esto no quiere decir que se niegue el valor de las sentencias judiciales anteriores ni que deba el juez desconocerlas. En todos los sistemas judiciales hay algún grado de uniformidad judicial.

La teoría de la inducción es propia del derecho inglés; parte de un método distinto para buscar la regla general aplicable al caso particular. No concibe la regla general directamente aplicable por simple deducción. Actúa de lo particular a lo general. Razona de manera inductiva y en el proceso el juez se ve obligado por las decisiones de los tribunales más elevados que el suyo.

Para ALLEN, ambas teorías en su concepción son diferentes, pero en su aplicación no, por mucho que parezca su divergencia.

Hace un estudio del sistema judicial romano, que tantas analogías tiene con el inglés. Y un estudio comparativo del sistema francés con el inglés.

El sistema francés es un sistema típico de método judicial deductivo. Pero ALLEN pone de relieve la extraordinaria importancia que tiene la doctrina y la jurisprudencia en el sistema francés, como ocurre en el nuestro. El respeto a los casos decididos, sin embargo, nunca puede equipararse al «precedente» del sistema inglés. Hay en el derecho francés colecciones de jurisprudencia, a la manera que los ingleses tienen sus *case books*. Una fuerte y uniforme línea de decisiones puede llegar a mo-

dificar la norma legal incluso. Pero nunca, repetimos, llega a tener la decisión judicial fuerza vinculante. La *Cour de Cassation* no permite ninguna apelación en base a la jurisprudencia, sino en todo caso en base a la ley.

Si nos lo permitiera el espacio, podríamos transcribir, con la minuciosidad que requiere la importancia del tema, el análisis del desarrollo de los precedentes en derecho inglés. Pero hemos de limitarnos a una concisa referencia, en la que se destaquen algunos puntos esenciales del mismo. Los precedentes tienen una larga tradición en el derecho histórico inglés. Ya en la obra de BRACTON se encuentran unas 500 referencias a casos juzgados. La aparición de los *Year Books* fue decisiva en el desarrollo de los precedentes y su fuerza vinculativa, pese a sus defectos y a que no eran lo que ahora se entiende por «recopilaciones».

La fuerza de los precedentes crece con el tiempo. En los siglos XVI y XVII aparecen las recopilaciones privadas, pero hasta mediados del siglo XVIII, en el que aparecen las recopilaciones de BORROW, la teoría y la práctica del precedente estuvo en condiciones muy fluctuantes. Será después de esta fecha que los precedentes formarán parte integrante ya del sistema del «Common Law». En nuestros días, el sistema inglés de autoridades depende de una clara e inmovible jerarquía de los tribunales. La Cámara de los Lores es un tribunal absolutamente legal y sus decisiones inatacables por ningún otro tribunal. Hay, por otra parte, recopilaciones cuidadosas de las decisiones fácilmente accesibles. ALLEN aporta en su obra un minucioso estudio de las recopilaciones y una crítica de las mismas.

El capítulo IV se dedica al análisis de la autoridad y actuación del precedente, recogiendo las reglas generales para su aplicación en el derecho inglés.

En primer lugar, todo tribunal está vinculado por las decisiones de tribunales superiores y los grados de autoridad en la jerarquía judicial se comprenden y se observan perfectamente, aunque para nosotros sea difícil, en principio, de comprender. Está en función de la estructura, como hemos dicho, del sistema judicial, que reviste a nuestros ojos una complicación, análoga a la que ellos sienten ante el sistema deductivo francés.

El Tribunal de Apelación viene considerado ligado por sus propias decisiones. Sin embargo, es lógico que se plantee una problemática en cuanto a la necesidad de relajar los lazos del precedente cuando amenaza privar de la necesaria vitalidad al derecho. ALLEN se preocupa y estudia el tema, del que es uno de los autores que aportan una interesante doctrina al derecho inglés. Otros principios de interpretación son, por ejemplo, el de que cualquier juicio de cualquier tribunal es argumento que merece cuidadosa consideración. Que la antigüedad no quita necesariamente mérito a un precedente, sino que más bien fortalece su autoridad, etc. Por otra parte, se ha reconocido que el derecho se adapta gradualmente a las constantes cambiantes sociales y que precedentes muy antiguos quedan inaplicables a menudo por las circunstancias nuevas.

No hay ningún sistema superior de recopilación de precedentes; éstos pueden ser tomados de cualquier fuente que el tribunal estime fidedigna, además de las series periódicas y regulares de recopilaciones, los diarios, manuscritos, documentos históricos, se admiten incluso las colecciones personales de los jueces.

Es interesante destacar que los juicios de cualquier tribunal sólo tienen autoridad en lo referente a la parte denominada *ratio decidendi*. Una definición de la misma nos dice que es el principio o principios deducidos de la autoridad, por los cuales el tribunal forma su decisión, o de una manera negativa, el principio o principios sin los cuales el tribunal no

dictaría la sentencia que dicta. Cada *ratio*—aclara ALLEN—es una interpretación de autoridades a la luz de los hechos del caso en cuestión, y cada interpretación está sometida a revisión por un tribunal de jerarquía superior, que puede estar o no de acuerdo con la interpretación del tribunal inferior. Exceptuándose, naturalmente, la *ratio* de la Cámara de los Lorens. Es un proceso lleno de dificultades. Una de las mayores dificultades se encuentra en la distinción entre los conceptos de *ratio* y *dicta*, *ratio* y *dictum*, lo esencial y lo no esencial.

En el curso de un proceso, junto con la cuestión o problema fundamental, surgen muchas consideraciones incidentales, que son o debieran ser partes del proceso lógico, pero tienen diversos grados de relevancia. Las opiniones judiciales sobre tales materias, sean meramente causales o plenamente gratuitas o (como es más usual) de las que pueden ser de relevancia colateral, son conocidas como *obiter dicta* o simplemente *dicta* y es muy difícil decidir su peso medio relativo.

Estas distinciones, fáciles en abstracto, encierran; en cambio, graves problemas en la práctica, pues es difícil decidir cuándo estamos ante una cuestión incidental o ante un eslabón de la cadena lógica de razonamiento de la cuestión fundamental.

Todavía dedica un interesante análisis a la actuación de la inducción legal dentro del tema de los precedentes, en el que se estudia el mecanismo de la lógica jurídica con interesantes ejemplos. De todo ello se deduce que los precedentes se emplean únicamente para inferir principios, y los principios, para descubrir la justicia. La mecánica de «funcionamiento» de los precedentes es una interesantísima manifestación de la tipicidad del derecho inglés. A través de una complicada casuística, la búsqueda de la justicia está realizada con un extraordinario sentido de la realidad. El proceso de expansión y adaptación del derecho a las cambiantes circunstancias sociales no se hace a través de sistemas de conceptos, sino de la necesidad de resolver los problemas planteados por los hechos.

El derecho es producto de su propio período y no puede permanecer estático. Sin embargo, es posible encontrar en todo sistema legal ciertos principios elementales que parecen ser permanentes junto a otros que se van adaptando al medio ambiente. El precedente y el ejemplo son los medios más convincentes y fidedignos para descubrirlos. Y se cuestiona, ¿hasta qué punto estos subyacentes principios legales son independientes y preexistentes y hasta qué punto son producto del razonamiento judicial? Lo que equivale a cuestionarse, ¿hasta qué punto el juez hace el derecho? Y a contestarlo dedica un inteligente razonamiento, fundamentado en una casuística bien interesante. Para ALLEN, el juez, que actúa siempre con materiales que existen en el pasado o en el presente, no fabrica el derecho, intenta descubrirlo. Hay—dice—, en otros términos, dos sentidos diferentes de «creación» del derecho. Al aplicar la expresión al juez, la emplearíamos en un sentido derivado o secundario. La creación del derecho por el juez tiene la limitación del material que utiliza en su pretendida «creación». Analiza, finalmente, la aplicación práctica de los precedentes y su compleja y difícil problemática, exponente de la peculiaridad del sistema inglés, y las imperfecciones, que ALLEN le reconoce.

ALLEN concluye que, en definitiva, la función del juez no es la de crear, sino la de interpretar el derecho. Sólo que el proceso de interpretación afecta al desarrollo del derecho. Y en este orden de ideas se acerca, en su opinión, a la función que en nuestro sistema jurídico tiene el juez, en términos mucho más limitados.

El capítulo V está dedicado a la equidad. Admitido que justicia y derecho pertenecen a esferas distintas y que la ley humana aspira a la justicia ideal, la equidad ha sido, en términos de MAINE, una especie de «juris-

dicción residuaria o complementaria», sin la que el derecho se habría atrofiado fatalmente. Pero la cuestión primera que se nos plantea es la del porqué el derecho no se basta por sí mismo. Y la respuesta está en la uniformidad y generalidad del derecho, que en principio no admiten excepción ninguna. Y aquí ha surgido la equidad, de la que ALLEN destaca dos aspectos o formas fundamentales: la que puede denominarse «equidad general», que busca una interpretación del derecho, en general, liberal y humana, en tanto en cuanto sea posible sin auténtico antagonismo con el mismo derecho, y la «equidad particular», que significa una modificación liberal y humana del derecho en casos excepcionales, que no entran dentro de la norma general. Y es este último aspecto de la *equity* el que plantea más graves problemas. ALLEN se detiene en el estudio del límite de excepcionar a las normas legales y se plantea el tema del sentido natural de la justicia. Para ello expone un breve ensayo sobre la concepción filosófica de la equidad, en el que se esquematizan el sentido de la equidad en el derecho griego y en el derecho romano. Después analiza el tema en el derecho inglés. En el sistema inglés, la *equity* ha adquirido una connotación técnica y acostumbramos—dice ALLEN—a considerarla como una jurisdicción completa, diferente de los principios del «Common Law». La concepción de la equidad tiene una antigua y larga tradición en el derecho inglés; se puso de relieve en los tribunales reales; aparece a través de las formas del «Common Law». Y en los tribunales, que en el derecho inglés se califican de «itinerantes». Finalmente, estudia la equidad como fuente de derecho. La equidad y el «Common Law» son ramas distintas de la ciencia jurídica, y en el sistema inglés su línea divisoria está trazada con toda claridad, lo que no sucede en los sistemas continentales. Y esto es debido a causas históricas. Para ALLEN no puede reducirse a la equidad a un simple «estado de mente», como es el sentir de muchos escritores. En Inglaterra tiene un valor social y un valor jurídico. El gran descubrimiento de la equidad fue la «buena fe», que, en frase de MAITLAND, «es uno de los instrumentos más poderosos de experimentación social». ALLEN resume, finalmente, el papel de la equidad en el sistema jurídico inglés. En él, la equidad ha limitado el derecho como «jurisdicción suplementaria o residuaria», lo que es muy necesario, porque las normas legales son generalizaciones formuladas, y como tales, son necesariamente incompletas. La uniformidad absoluta no puede alcanzarse en la actuación de ningún derecho, por muy bien expresado que esté, y a menos que se deje un margen para los casos extraordinarios, encontraremos que el *summum ius* es *summa iniuria*, y que el propósito del *ius* se frustra por esta razón. Y este margen de interpretación discrecional puede tomar la forma de «equidad general» o «equidad particular», modificación discrecional del derecho estricto en casos excepcionales o individuales que no están cubiertos por la ley general. En el sistema inglés, repetimos, la equidad se ha convertido con el curso del tiempo en un sistema técnico diferente del «Common Law». No son, sin embargo, sistemas «rivales». Muchas de las doctrinas del «Common Law» son todavía «equitativas» en su naturaleza e intenciones. La equidad ha dado lugar en el derecho inglés a una jurisdicción separada; incluso el rigor y la artificialidad a que ha llegado la hacen ser más negativa que positiva, lo que conduce a la crítica de la misma por autores como ALLEN.

La obra, finalmente, termina con el estudio de la «legislación». Sitúa, en primer término, el lugar de la legislación entre las fuentes de derecho. Las relaciones entre la legislación y la «opinión pública», la «legislación y la conciencia popular». Para nosotros, acostumbrados a pensar en «la soberanía de la ley» y en la «soberanía del legislador», parecerá, a primera vista, un descubrimiento el «cambio» sufrido por muchas de nuestras jerarquías jurídicas tradicionales en este sistema. Parecerá, en especial,

desorbitado el papel atribuido a la opinión pública y la conciencia popular en el tema de la ley, en su reflejo en el derecho y su creación. La ley está modernamente monopolizada por el Gobierno, cualquiera que sea su carácter político; esto significa el peligro de que éste imponga la legislación en función de una política preconcebida, sin tener en cuenta la opinión pública y mucho menos el sentimiento de las minorías. Esto conducirá a un gobierno antidemocrático. Con esto se quiere señalar que en nuestros días la legislación está necesariamente condicionada a la opinión pública, que es ésta la que en unión de otras fuerzas de naturaleza diversa se refleja fundamentalmente en el proceso legislativo. Que sociedad y legislación son condición y se reflejan mutuamente. Que la opinión pública es una fuerza creadora del derecho.

Se lleva a cabo el análisis de las formas de legislación inglesas, con sus particularismos y su mecánica compleja, en la historia y en los actuales momentos. Análisis que nos descubre un sistema esencialmente distinto al nuestro. Y, por último, en el capítulo VII se examinan la legislación autónoma y la subordinada, así como sus relaciones. Distinción que goza de una larga tradición en el derecho inglés y que responde a una sistemática de difícil aprehensión para nosotros.

El estudio de la obra de ALLEN es motivo constante de reflexión para un jurista acostumbrado a los sistemas de derecho, que se vienen denominando continentales. Dejando aparte todo aquello que responde a una constitución social y política distinta de la sociedad inglesa. A una tradición histórica, que responde a unos imperativos sociológicos diferentes, en las páginas de este libro se refleja un sistema de derecho, que en algunos aspectos se nos muestra más vital y más realista que el nuestro. La función del juez permite, a mi juicio, una mayor flexibilidad en la interpretación del derecho que entre nosotros. Lo que dota a este derecho de una mayor posibilidad de evolucionar con arreglo a las necesidades siempre cambiantes de la realidad. La mayor discrecionalidad en la interpretación de este derecho, que lleva hasta el reconocimiento de una función «creadora» de derecho al magistrado, permite una mayor equidad en su aplicación. Todo encierra sus peligros, pero en estos tiempos de incessantes cambios socio-económicos y en el que la multiplicidad de las disposiciones legislativas no permite, sin embargo, cubrir las constantes necesidades de una regulación y una renovación de la normativa, que a veces pudieran calificarse de angustiosas, el sistema inglés, desde nuestro ángulo de visión, nos parece más práctico y más flexible. Los conceptos de precedente y *equity* se desempeñan con un distinto y más eficaz funcionamiento dentro del sistema inglés, que dentro del nuestro aquellos de la autoridad que la jurisprudencia tiene y que a la equidad se le reconoce.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor adjunto de Derecho civil

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, volumen II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Granada, 1970.

Cuando no ha comenzado mi sosiego por la lectura del primer tomo de esta monumental obra, ya aparece imperioso el segundo tomo y hace guardia el tercero. Mi desfase de lectura lo ofrezco como tributo, en reconocimiento de la rapidez publicitaria del autor. Llega a mis manos este segundo tomo y es preciso para recensionarlo encuadrarlo en la obra

general a que pertenece. Algo parecido a lo que dijera MENÉNDEZ PELAYO: «Separar a un autor de su época y de su medio será siempre la manera más segura de no entenderlo.» Al leer este segundo volumen he intentado relacionar el mismo con el primero y enjuiciar la mayúscula labor del autor relacionándola con su propósito, su ambiente y las personas a quien va dirigida. Me falta, eso sí, y ya creo que lo dije, el conocimiento humano del autor, y creo que esto es importante. Decía SAINTE-BEUVE (*Portraits littéraires*, I) que «puede gustar una obra, pero me es imposible juzgarla independientemente del conocimiento del hombre que la hizo. Diría de buena gana: de tal árbol, tal fruto». Referencias, intuiciones y lecturas aporéo en el conocimiento y, como es lógico, la esperanza del conocimiento directo, que aclarará mucho mi juicio.

Este segundo volumen aborda una serie de problemas registrales, que podríamos calificar como «el pan de todos los días». Dentro de las inscripciones especiales, las más frecuentes, las de rutina, están tratadas a lo largo de ochocientas y pico de páginas. La doble distinción aflora en la exposición: inscripciones por razón de la persona y por razón del título. Por razón de la persona saltan a las páginas expositivas aquellas inscripciones de actos realizados en virtud de una representación y la emancipación. También es persona el Estado y los organismos autónomos, y sus adquisiciones de inmuebles están tratadas en sus diferentes matices. Guardando el rango administrativo que les corresponde, siguen al Estado los Ayuntamientos y las Diputaciones, y después, la Iglesia, los Sindicatos, Cooperativas y Sociedades, Asociaciones, Fundaciones y extranjeros. La sociedad conyugal, formada por los que se casan, también plantea infinidad de problemas, que son abordados por el autor. Por último, el contrato típico y más frecuente en los ordenamientos es el de compraventa, que se encuadra, dentro de las inscripciones especiales, como inscripción, en atención al título de adquisición. Como adquisiciones son la expropiación forzosa, la cesión de créditos, la transacción, la renta vitalicia, la permuta y la donación, también figuran encuadradas en este ámbito.

Se sigue la técnica acostumbrada en el primer volumen. Primero se expone la legislación, luego el fichero de resoluciones de la Dirección General de los Registros, después viene el comentario genérico del autor y, por fin, un formulario enlazado con el general, que el autor expone en el tomo I de la obra.

Mi intención al abordar este segundo tomo es evitar la gran tentación que la recensión lleva escondida en sus pliegues: el lucimiento. Resulta bastante más fácil basar la crítica en lo que el autor «dejó de decir», que en lo que dijo efectivamente. El problema es muy parecido al del juez en oposiciones: este muchacho dejó de decir... Creo que hay que atender a lo que el autor dice o quiso decir, procurando adaptarse al esquema de principios que señalara en sus críticas FERNÁNDEZ DE LA MORA: carácter de justicia en la selección, en el análisis y en el juicio, así como el del respeto al hombre. A todo ello añadido siempre el sentido deportivo con el que las hago, para evitar que esta rara forma de pasar el rato no deje de ser divertida y se convierta en dura y pesada labor.

Creo que para dar una idea del contenido sintético del tomo comentado, lo mejor es ajustarse rigurosamente a las partes que el autor elige para su exposición y que ya van marcadas en la clasificación que se expone como consideración general: inscripciones especiales en relación a la persona, al negocio jurídico (luego se habla de título), al derecho objeto del asiento, a la finca, a las modificaciones de la finca y a las formalidades. En el presente volumen solamente se abordan las especialidades de las personas y algunas referentes al título.

A. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Al iniciar la exposición de esta materia, el autor hace la afirmación de que en la legislación hipotecaria no existe ningún precepto dedicado a la representación voluntaria, salvo en materia de hipotecas, remitiéndose por ello al Código civil. Las afirmaciones categóricas no suelen ser nunca ciertas, pues sin perjuicio de que sea preciso acudir al Código civil para extraer del mismo—a través de la figura del mandato—la teoría general de la representación, es lo cierto que en varios artículos de la Ley Hipotecaria, entre los cuales cito el 20 y 82 de la Ley y 51 del Reglamento, salta la palabra representante, y en algunos con mucha precisión, al distinguir entre mandatarios y representados.

Las notas jurisprudenciales que a continuación expone son muy numerosas y se refieren a los problemas de autocontratación (entre los años de 1913 y 1956), de ratificación (años 1863 a 1967) y de poderes, que son estudiados amplísimamente, abarcando casos generales, especialidades en relación con el representado, extranjeros, interpretación y poderes especiales. No he tenido la paciencia de contar resoluciones, pero puedo asegurar que son muchísimas y que constituyen un valioso instrumento de trabajo en esa delicada labor de calificación con la que el legislador nos distingue elevando nuestro rango a la categoría de juristas.

Los comentarios se concretan a los siguientes puntos: el problema de la autocontratación, en el que, como es lógico, se estudian los casos de los artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario y diversos supuestos, en los que no existe la amenaza de autocontratación, siendo en uno de ellos *intuida* la figura del poder para comprar y la opción de compra del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; la gran figura de la ratificación, en la cual la resolución de mayor relieve es la de 3 de marzo de 1953, en la que la precipitada actuación notarial, al autorizar una escritura de ratificación, hizo perder preferencias registrales en base de la ausencia de retroactividad en perjuicio del tercero; de la forma de acreditar la representación y de otros problemas ya aludidos en las resoluciones. El modelo que acompaña plantea el problema de la referencia en la inscripción de las circunstancias de la escritura del poder.

El autor mantiene la tesis de que en la inscripción no es preciso hacer referencia a la escritura pública, al Notario autorizante y a su fecha, siempre que estas circunstancias consten en el asiento de presentación, y lo mismo sucede con las escrituras de poder si éstas ya constan en el asiento de presentación, en base de la remisión de que la inscripción hace del asiento de presentación. Este criterio interpretativo nos llevaría a suprimir de la inscripción todas las referencias que pudiéramos hacer al asiento de presentación. Creo que la discusión debe ser planteada en términos o niveles científicos: ¿Subsiste el asiento de presentación después de los sesenta días? ¿Caduca? ¿Procede su cancelación? ¿Sigue surtiendo efectos para sostener datos de la inscripción?

B. REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES SOMETIDOS A LA PATRIA POTESTAD

En materia de legislación, el autor se remite al Código civil, reconociendo que la Ley Hipotecaria sólo tiene referencias concretas a la actuación de los padres en representación de los hijos. Seguidamente, y al formular la jurisprudencia de la Dirección General, se extiende beneficiosamente para el consultante, abordando la reproducción exprimida de numerosas resoluciones sobre puntos claves de esta representación. A título de ejemplo brindamos los siguientes puntos tratados: ejercicio de la patria potestad por la madre; representación de hijos naturales; apátridas;

adquisiciones a título oneroso o a título lucrativo, según existan o no intereses contrapuestos; defensor judicial; enajenación de bienes de menores sujetos a patria potestad, con o sin autorización judicial; cancelaciones otorgadas en nombre de los menores; constitución de hipoteca y recuperación del poder paterno. Creo que son, si mal no me equivoco, unas 85 resoluciones, número suficiente para colmar las necesidades del más exigente lector.

Los comentarios giran en torno a los problemas puramente civiles, que la patria potestad de los menores plantea previamente a los registrales propiamente dichos. Son puntos tratados los del usufructo y la administración de los bienes de los hijos, y los casos en que la madre ejerce la patria potestad, normas de derecho internacional privado, para luego afrontar el reflejo registral de las adquisiciones a título oneroso (que plantean, entre otros, los problemas de si es preciso autorización judicial en el caso de precio aplazado o de constitución de hipoteca en su garantía), a título gratuito (donaciones) y a título lucrativo (herencias), con las inevitables derivaciones de la existencia de intereses opuestos y el nombramiento de defensor judicial y su actuación. Por último, estudia los problemas de las enajenaciones de los bienes de los menores (realizados con autorización, supuestos en que no se necesita, realizados por los menores, sin autorización) y la constitución y cancelación de derechos reales.

Me choca en los modelos que siga prolongándose desde el primero, ya incluido en el anterior tomo, el nombre de don ANTONIO LEYVA SANJUAN, que la mayor parte de las veces es menor, pero en otras otorga poderes y no debemos olvidar que el autor dice: «Si el transmitente hubiese sido menor de edad en el momento en que adquirió, y ahora fuese ya mayor, se dirá... donde constan sus circunstancias, salvo que hoy es ya mayor de edad» (tomo I, pág. 839). La poca práctica registral que puedo aportar me hace comprender el supuesto, pero para el «no iniciado» ¿costaba tanto haber utilizado otros nombres?

C. REPRESENTACIÓN DE LOS TUTELADOS Y EMANCIPADOS

En la parte destinada a legislación reproduce los artículos 10, 55, 91, 386, 387, 388, 389, 390 y 391 del Reglamento Hipotecario. La jurisprudencia destinada a estos puntos es muy completa y numerosa, limitándonos aquí a reproducir los epígrafes en que el autor la estructura: cuestiones generales previas de la tutela; incapacidades; efectos de la inscripción; órganos de la tutela: tutor y consejo de familia; adquisiciones para el tutelado, venta de bienes del mismo; permuta de bienes; ausencia; concurso de acreedores; suspensión de pagos; quiebra; contrabando, y emancipados.

Debemos destacar en los comentarios de estas inscripciones especiales la original opinión del autor, que considera que todos los ataques a las posibles inscripciones de incapacidad aportadas por la doctrina sobran en el momento actual, pues lo que el autor llama «registro de incapacidades» está derogado y sin efecto por la vigente Ley del Registro Civil, sobre la base de que lo dispuesto en el artículo 2, número 4 de la Ley Hipotecaria, y que fue desarrollado por el Reglamento, realmente no fue más que una extralimitación, más que una interpretación. Califica después las situaciones de suspensión y quiebra como de incapacidad y no de prohibiciones y hace referencia a la Ley de Contrabando y Defraudación, que regula situaciones similares. Estudia las inscripciones de incapacidad, y al comentar el artículo 55 del Reglamento Hipotecario, dice lo siguiente: «La remisión general indicada en primer lugar la crearíamos un humorismo del legislador si no fuera porque esa idea ha estado siempre lejos

de todo precepto legal, el cual sería considerado desfavorablemente de recoger algún rasgo de esta clase; pero relacionemos este artículo con el 51 del mismo Reglamento, que determina los requisitos de las inscripciones en general, para precisar ésta, y sin querer apreciaremos que se está muy próximo a aquella idea.» Se estudia a continuación el efecto registral de la incapacidad constatada, para luego pasar a la acreditación de la representación del incapaz y plantear los problemas registrales de las adquisiciones o enajenaciones para o por el tutelado y realizadas por su representante legal. El comentario abarca los problemas del concurso, el suspenso y la quiebra. Apartado especial se destina a los emancipados, con los problemas de los que lo son, en virtud del artículo 160 del Código civil, y los que plantea el que lo es por matrimonio. Por último, se refiere al Derecho aragonés, del cual reproduce una serie de artículos en su versión legislativa de la vigente compilación (arts. 4, 5 y 13).

En los modelos se exponen los siguientes casos: la inscripción de incapacidad en los libros de inscripciones, inscripciones de venta de bienes del incapaz, inscripción de haber sido declarada en concurso de acreedores una persona, inscripción del convenio de suspensión, inscripción de venta por síndicos de una quiebra e inscripción de venta por emancipado.

D. EL ESTADO Y LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

El tema no puede ser más sugestivo y de actualidad. Reproduce en la sección legislativa los artículos 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 del Reglamento Hipotecario y otra serie de disposiciones no hipotecarias, como son: la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento, Ley sobre Entidades Estatales Autónomas y Patronato de Casas Militares del Ejército, así como el Decreto de 25 de enero de 1968, que reorganiza el Ministerio de Hacienda.

La jurisprudencia que incluye en el estudio es menos numerosa que en otras ocasiones y toda ella se refiere al Estado. En la exposición doctrinal, el autor arranca de un principio muy valiente diciendo que todas las disposiciones del Reglamento Hipotecario están derogadas por la publicación de la Ley del Patrimonio del Estado, sobre todo las contenidas en los artículos 17, 18 y 20 a 25. Sobre esta base distingue una serie de supuestos que se van presentando en estas inscripciones. Concretamente, se refiere a los bienes inscribibles (distinguiendo los patrimoniales de los demaniales) y las personas legitimadas para pedir la inscripción y para exigirla. En materia de adquisición de bienes por el Estado va desarrollando la misma a través de una serie de supuestos, como los de ocupación, expropiación forzosa, atribución legal, adjudicación por débito fiscal (creo que debiera haberse referido al nuevo estatuto de recaudación), compraventas, adquisiciones a título gratuito, hipotecas a favor del Estado y unas observaciones finales sobre ciertos puntos. Debe ser relacionada esta materia con la página 334 del tomo I, en la cual no parece mantenerse la misma tesis ahora sustentada. También debemos advertir que el autor habla de *adscripción de bienes del Estado*, refiriendo dicho fenómeno tanto a cualquier servicio del Estado como a un organismo público, y es preciso aclarar que la *adscripción* (regulada en el artículo 80 de la Ley del Patrimonio del Estado) se refiere solamente a los organismos estatales autónomos, pues cuando se trata de un servicio u organismo que forma parte de la Administración centralizada se habla por la Ley de *afectación*. Son conceptos extraídos de la exposición de motivos de la misma Ley. Habría que precisar el concepto de *adscripción*, pues el autor, al considerarlo como simple fenómeno posesorio, lo estima como no inscribible. Estudia los problemas de la representación del Estado y las modificacio-

nes hipotecarias de las fincas del mismo (nueva plantación, aguas privadas, declaraciones de obra nueva, deslindes y el concepto de afectación de bienes), la enajenación y gravamen de sus bienes.

De los organismos autónomos aborda los puntos de capacidad de tenencia de derechos, capacidad de ejercicio y órganos de representación. En el segundo de los puntos citados dice que en cuanto a las enajenaciones, al no contenerse ningún precepto en la Ley de dichos organismos, habrá de acudir a la creadora del mismo, y, a mi juicio, lo que sí es preciso es acudir a la Ley del Patrimonio del Estado, por la redacción clara y contundente de sus artículos 84 y 85 y concordantes del Reglamento.

E. AYUNTAMIENTOS Y DIPUTACIONES

Da como vigentes en materia legislativa afectante a estos organismos los artículos 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 del Reglamento Hipotecario, y entre las leyes especiales cita y reproduce parcialmente la de Régimen Local, el Reglamento de Bienes y Entidades Locales y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones. La jurisprudencia no es muy abundante y casi toda ella viene referida a los Ayuntamientos.

Siete puntos se abordan en esta materia: la capacidad y representación, los bienes y su obligatoriedad de inscripción, cambio de naturaleza, adquisiciones, hipotecas en garantía de contratos, deslindes y enajenaciones. La materia referida a los montes vecinales se aplaza en su exposición para otro tomo. El Derecho, como la mar, es siempre diferente, aunque parezca igual, y por ello el autor no puede prever todos los supuestos que puedan presentarse. Por eso, sin crítica, quiero aludir a un problema de palpante actualidad, que se ha presentado en la «Costa del Sol». Se trata de una cesión gratuita (donación) que una corporación hace, y en el expediente, aprobado debidamente, la certificación registral no acredita que los bienes fueron adquiridos a título oneroso *con más de treinta años de antigüedad*. El autor, intuitivamente, parece solucionar el problema al considerar que los requisitos del artículo 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales impone los mismos con el carácter de validez.

Los modelos se refieren a las inscripciones de compra, donación, deslinde, venta, venta de sobrantes de la vía pública, cambio de naturaleza de un bien y pase a dominio y uso público. Aparece otra vez un nuevo miembro de la familia LEYVA: ahora es don ANTONIO LEYVA OCÓN.

F. IGLESIA, SINDICATOS, COOPERATIVAS Y SOCIEDADES

Aunque se agrupan estos elementos personales no se sigue la sistemática habitual, pues cada concepto lleva su legislación apropiada, su jurisprudencia y su comentario. Todo ello va seguido de sus modelos correspondientes. Entiendo que el autor derrocha esfuerzos para ofrecer al lector toda la legislación de estos puntos, tratados en forma casi exhaustiva, con jurisprudencia muy ajustada al tema y con comentarios lo suficientemente elocuentes para resolver los problemas de urgencia que se plantean.

G. ASOCIACIONES, FUNDACIONES Y EXTRANJEROS

Se sigue el mismo sistema que hemos dicho en el epígrafe o capítulo anterior, pues cada elemento personal, futuro o actual titular registral tiene su legislación, su jurisprudencia y su comentario, aparte de los modelos. Me ha llamado mucho la atención la acumulación normativa en

materia de Beneficencia, tan necesitada de un comentario hipotecario «definitivo». Lo mismo me sucede con la posición valiente que el autor mantiene en torno a la inscripción de las adquisiciones de los bienes de los extranjeros. Su idea es que sólo es preciso expresar el nombre del cónyuge del adquirente en los países que cita, tomados de la obra de LUCAS FERNÁNDEZ.

H. SOCIEDAD CONYUGAL

Creo que es el tema de más actualidad en la práctica registral. La legislación se ofrece a través de los artículos 92 a 96 del Reglamento Hipotecario y el 178 del mismo, junto con frases de la Exposición de Motivos de 1959 y las compilaciones forales de Vizcaya, Cataluña, Baleares y Aragón. La jurisprudencia es muy amplia ya, casi llegan a 200 las fichas no sólo de Resoluciones de la Dirección General, sino de Sentencias del Tribunal Supremo. Después de hacer una crítica desfavorable de la normativa introducida por la reforma legislativa del Código civil y del Reglamento Hipotecario, del examen de la naturaleza de la sociedad de gananciales (a la que considera como entidad independiente, a cuyo nombre se realiza la inscripción) y de los regímenes distintos de la sociedad conyugal, aborda como problemas los de la contratación entre cónyuges (y especifica los casos en los que no existe prohibición), régimen de los bienes propios y parafernales, la capacidad de la mujer casada, la licencia marital y la subsidiaria judicial, así como puntos básicos e importantes en orden a las adquisiciones y enajenaciones de los gananciales y tres aspectos de la sociedad ganancial: la obra nueva, la sociedad disuelta y la liquidación de la misma. Se concluye con las situaciones anormales del matrimonio.

En los modelos se recogen diez de diferentes supuestos de los que el autor ha aludido en sus comentarios anteriores. En algunos, nuestro amigo LEYVA ya está viudo. Debemos registrar, como modalidad o consideración especial del autor, que en dichos modelos y en la parte referente a las cargas es donde se hace constar la falta de licencia marital o judicial.

I. COMPRAVENTA Y COMPRAVENTAS ESPECIALES

La materia de la compraventa comprende dos capítulos de la obra, dada su importancia y ser, como ya apuntábamos, uno de los contratos más corrientes en el tráfico jurídico. En la legislación se exponen los artículos 10 y 11 de la Ley y 58, 59, 175 y 177 del Reglamento. La jurisprudencia es numerosísima y muy completa. Las principales cuestiones tratadas en orden a esta institución son las de los elementos personales de la misma, los elementos formales, los reales y las condiciones. Principal atención merecen los referidos al precio con toda la problemática del derecho de retraer. Los modelos se ajustan a la casi totalidad de los problemas tratados.

J. EXPROPIACIÓN FORZOSA, CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSACCIÓN, RENTA VITALICIA Y PERMUTA

Cada materia lleva su legislación, su jurisprudencia, su comentario y sus formularios. Entiendo que debiera haber sido más amplia la referente a expropiación forzosa, aunque bien es verdad que ya el autor desparrama por el volumen comentado y por el anterior referencias y comentarios a esta institución.

K. DONACIONES

Como legislación hipotecaria aplicable a las donaciones reproduce el artículo 37, 2, de la Ley Hipotecaria. Se acopia mucha jurisprudencia sobre la materia y se inician los comentarios separando las inscribibles (donaciones *inter vivos*) de las que no lo son (*mortis causa*), para luego ir estudiando diversos aspectos de las mismas: elementos personales, reales, formales, modalidades y reversiones. Un modelo cierra el tomo comentado: donación con carga real.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

CARBONE, VINCENZO: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Nápoles, 1969; 381 págs.

Dentro de su conocida colección de «Publicaciones de la Facultad Jurídica de la Universidad de Nápoles», constituyendo el volumen número 97 de la misma, la casa editorial de Eugenio Jovene ha publicado hace unos meses el libro que ahora reseñamos, cuyo interés y cuyo mérito deben ser destacados y puestos de manifiesto.

La teoría de la responsabilidad civil formaba hasta hace poco tiempo un capítulo un poco marginal y marginado, tanto en los Códigos civiles como en los tratados y en los manuales. Usualmente, entre nosotros, no pasa de ser el último tema del tratado dedicado a las obligaciones y a los contratos. Frente a ello se ha producido una vigorosa reacción en la doctrina moderna, que ha ido produciendo una abundante literatura, cuyo estudio podría formar un tratado con propia sustantividad: el llamado Derecho de Daños (*Schadenrecht; Law of Torts*), del que se ha podido decir con razón que es ya, y que con el tiempo será todavía más, el «centro nervioso del Derecho Privado». La reacción doctrinal y la abundancia de la producción literaria tienen su origen seguramente en la trascendencia práctica, cada día mayor, que el instituto reviste, de la cual da amplio testimonio la lectura de cualquier repertorio de jurisprudencia. A causa de lo que cabe llamar un progresivo ensanchamiento del área de los daños y de los riesgos, consecuencia de una tecnología avanzada, los casos, los pleitos y las decisiones que versan sobre resarcimiento de daños crecen cada día. No es, pues, extraño que los juristas le presten una atención preferente. La necesidad de perfilar la disciplina normativa y de profundizar en ella está en función de la urgencia de encontrar un cauce institucional adecuado que sirva para la defensa de la persona y de los bienes de la personalidad.

A la hora de perfilar una teoría de la responsabilidad civil, profundizando en ella, hay un punto que no ha sido suficientemente esclarecido. Me refiero a lo que podríamos llamar el hecho generador o el hecho originante de la responsabilidad y a sus características. Entre los autores alemanes e italianos, por influjo de los textos contenidos en los Códigos civiles, la responsabilidad se considera derivada de un «hecho ilícito». Este es el punto que CARBONE somete a un concienzudo y amplio análisis en una brillante monografía en que, juto a una extensa erudición, luce una gran agudeza. El punto en cuestión consiste en saber, como decía hace poco FRANCESCO REALMONTE (*Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*. Milán, 1967), si el artículo 2043 del Código civil italiano, paralelo de nuestro artículo 1902, es una norma meramente

sancionadora de las lesiones de derechos o si es una norma primaria establecida para la tutela de las lesiones de simples intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Planteados así los problemas, es lógico que CARBONE trate de resolverlos profundizando en el concepto de daño a través de sus relaciones con la noción de ilícito, incidiendo de tal manera en el mundo de la cuestión, ya que se ha estimado por algunos autores como absurda la afirmación de que el «ilícito civil pueda prescindir del evento dañoso»; mientras que otros distinguen entre ilícito y hecho productor del resarcimiento del daño, considerando posible la existencia del ilícito civil sin que en concreto se haya verificado daño alguno.

La primera posición encuentra una formulación clara a partir de la idea de CARNELUTTI de que «en la lesión del derecho está ya comprendido el daño, en el cual tal lesión consiste», así como que «acto y daño son los dos elementos que resultan del análisis del acto ilícito». Señala CARBONE que tales ideas parten de una noción amplia e impropia de daño respecto a la comúnmente usada para indicar el presupuesto indispensable de la obligación de resarcimiento. Circunstancia esta que había sido ya entrevista por el propio CARNELUTTI, cuando se preocupaba de la confusión entre *daño simple* y *daño resarcible*, estimando que difícilmente se identificaba el primero con el daño resarcible y señalando la posibilidad de que la noción de acto ilícito y daño resarcible no fueran coincidentes, porque «hay daños resarcibles que no son actos ilícitos». De todo ello resulta que sólo aparentemente se identifican las dos nociones de daño: la del daño simple, que acompaña fisiológicamente a todo ilícito, representando la otra cara del mismo prisma, y la del daño resarcible, que no coincide, sino que está desvinculada del ilícito. La primera no es más que la lesión del interés típico, más general, previsto por la norma; por el contrario, el daño resarcible constituye la lesión del interés subjetivo e histórico del particular. Por supuesto que entre lesión del derecho y daño puede haber interferencias; pero ello no autoriza a eliminar las diferencias ontológicas entre lesión o violación del derecho o, como se ha dicho, «daño simple» y perjuicio económico, esto es, daño en sentido estricto.

Negada, pues, la equiparación del ilícito civil con el hecho dañoso, es posible afirmar que el fundamento de la responsabilidad civil no se encuentra en las razones que originan la calificación del supuesto de hecho como ilícito, puesto que toda la problemática de la indemnización por daños es independiente de la cuestión de la ilicitud. Independencia que se da incluso en el caso de responsabilidad por culpa, ya que en este terreno se considera a la culpa no como voluntaria y reproachable inobservancia de un deber o de un específico mandato del ordenamiento jurídico, sino únicamente como criterio de imputación. Señala el autor al respecto que para el artículo 2043 del Código civil italiano—y parece que lo mismo podría decirse del artículo 1902 de nuestro Código civil—el acto del hombre es relevante no en cuanto que prohibido por el ordenamiento y como tal ilícito, sino en razón del dolo o la culpa, elementos considerados por el legislador como criterios de imputación para el supuesto de que del referido acto se deriven consecuencias dañosas. Claro está que podría pensarse en la existencia de una prohibición general de realizar actos dañosos, de la cual se podría derivar la conclusión de que todo comportamiento dañoso es ilícito. Frente a tal idea CARBONE afirma que si una actividad, un comportamiento, no está específicamente prohibido por el ordenamiento, sino que lo permite, a pesar de sus peligros—limitándose a establecer el resarcimiento para el supuesto de producirse daños a terceros—no es posible calificar, *a posteriori*, de antijurídica esta conducta sólo porque se haya verificado un

daño. A mayor abundamiento, la ilicitud en sentido estricto no requiere para su existencia el verificarse o no de un daño jurídicamente relevante, y ello no sólo porque no se puedan calificar de antijurídicos ciertos comportamientos o supuestos de daños, así las actividades peligrosas o el daño causado por un incapaz, sino porque la existencia del daño no es elemento esencialmente constitutivo del comportamiento ilícito. El daño no constituye «una condición lógica» del concepto jurídico de ilícito.

En realidad, lo que sucede es que antijuridicidad y dañosidad corresponden a dos distintas tomas de postura del ordenamiento jurídico. La primera hace referencia a la calificación del acto o comportamiento en relación con la norma y atiende sólo a la violación o no de la norma en cuestión. En virtud de ello, el acto será o no calificado de ilícito prescindiendo de la existencia o no de un daño. La segunda se produce cuando el ordenamiento se enfrenta con las posibles consecuencias materiales del acto mismo. Desde este punto de vista, el acto, el comportamiento, el eventual hecho dañoso que se ha producido y podría no haber tenido lugar, le interesa al ordenamiento en cuanto que representa una *consecuencia material* inevitable, respecto de la cual es necesario individualizar al sujeto, que, en definitiva, deberá soportar las consecuencias patrimoniales desfavorables, en el supuesto de que el mismo ordenamiento considere injusto hacer recaer dichas consecuencias en la esfera de quien ha sufrido el daño. De todo ello resulta que ilicitud y dañosidad, aunque tradicionalmente coligados, son conceptos autónomos, distintos, teniendo cada uno su propia razón de ser y una específica relevancia: la dañosidad da lugar al resarcimiento del daño; por el contrario, la ilicitud engendra determinados instrumentos de reacción que abarcan desde la posibilidad de pedir la inmediata cesación de la actividad ilícita a los varios modos de actuación de una verdadera y propia reparación del derecho violado, predispuestos todos ellos por el ordenamiento jurídico independientemente de la consideración de que se haya o no verificado un daño.

Señaladas las diferencias entre antijuridicidad y dañosidad, así como la distinta relevancia de ambas desde el punto de vista jurídico, resulta claro—como se desprende de las afirmaciones anteriores—que la primera no es idónea para construir el fundamento común de los varios supuestos de responsabilidad civil; por el contrario, tal fundamento se halla en la existencia de un hecho dañoso relevante para el Derecho. Por consiguiente, en todo supuesto de responsabilidad se va a encontrar un elemento común, el hecho dañoso, que permite llegar a un concepto unitario de responsabilidad civil. Ahora bien: el ordenamiento imputa en cada caso el hecho dañoso a un sujeto determinado, en virtud de una diversidad de criterios (culpa, riesgo o exposición al peligro normalmente), constituyendo dicha diversidad de criterios de imputación el elemento diferenciador de los diversos supuestos de hecho que engendran la responsabilidad civil. En el hecho dañoso se encuentra, en definitiva, el presupuesto del juicio de responsabilidad que se realiza imputando a un sujeto—en virtud de alguno de los criterios de imputación previstos—la obligación de resarcir el daño, siendo independiente tal cuestión de la calificación del hecho mismo o de la conducta de donde deriva el daño como ilícitos. Estas consideraciones adquieren especial relieve desde la perspectiva moderna de la problemática de la responsabilidad civil, la cual se centra en la situación del perjudicado: un daño se ha producido y ha recaído sobre un sujeto, se trata de un daño injusto que la víctima no tiene el deber de sufrir. Frente a dicho daño, la función de la responsabilidad civil no consiste en castigar la violación de un hipotético deber, sino en hallar el medio de reparación, para lo cual es necesario determinar las razones o criterios que permitan imputarlo al

sujeto que en definitiva resultará responsable. Teniendo en cuenta que la transferencia de la definitiva incidencia del daño de un sujeto a otro no se realiza en función de la conducta del causante del daño, sino dando preeminencia a la situación de la víctima, puede hablarse—como se ha hecho—de una «despersonalización de la responsabilidad». Fenómeno que implica una total subversión del sistema tradicional de responsabilidad civil: no existe ya una primacía de la responsabilidad por culpa matizada con algunas excepciones, sino una pluralidad de criterios coordinados entre sí con el fin común de reparar el derecho lesionado.

Partiendo del puesto central que la doctrina moderna de la responsabilidad civil da a la situación del perjudicado, encuentra pleno sentido la expresión *danno ingiusto* del artículo 2043 del Código civil italiano. A través de dicha expresión, la injusticia no queda referida a la conducta del causante del daño, sino al daño mismo, siendo aplicable a cualquier daño (el cual por injusto es relevante para el Derecho y, por tanto, resarcible) y no sólo al daño derivado de un eventual comportamiento ilícito. Daño injusto es, por tanto, el daño que la víctima no tiene el deber de soportar, en cuanto que constituye un sacrificio patrimonial del perjudicado que el ordenamiento no considera justo en atención a que afecta «a cualquier interés digno de tutela», bien que haya adquirido el rango de derecho subjetivo, bien se trate de un interés «protegido por el ordenamiento». De esta manera queda resuelto, en sentido afirmativo, el problema planteado al principio acerca del carácter de norma primaria del artículo 2043 del Código civil italiano.

Para no dar a esta recensión una extensión desmesurada no hacemos referencia a una serie de problemas que, en conexión con los aquí reseñados, se tratan en la magnífica obra de CARBONE, así los relativos a la valoración del daño, al daño emergente, al lucro cesante, etc. Lo cierto es que en este libro el lector encontrará una serie de planteamientos sugerentes de las cuestiones tratadas. Hasta qué puntos tales planteamientos pueden tener un valor explicativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico es cuestión que no puede por el momento contestarse; pero sí cabe afirmar que es urgente el análisis y estudio de los problemas tratados en la obra aquí comentada.

O. V. TORRALBA SORIANO

Profesor adjunto de Derecho civil

DELHAY, FRANCIS: *La nature juridique de l'indivision*. París, 1968.

Editado en París por Pichón y Durand-Auzias, y formando parte del catálogo general de derecho y jurisprudencia, esta obra de FRANCIS DELHAY, aparecida en 1968, es, como dice su presentador, JEAN PATARIN, un buen ejemplo de la indispensable solidaridad existente entre sucesivas generaciones de juristas, en su constante esfuerzo por profundizar y dar nueva forma a las cuestiones fundamentales de derecho privado.

Sin menospreciar los trabajos importantes realizados en lo que va de siglo, nos propone una concepción realmente nueva de la indivisión, de su régimen jurídico y de sus relaciones con la sociedad y la persona jurídica. Tras varios años de investigación y reflexión, ha llegado a la conclusión de que la crisis por la que ha atravesado la indivisión y aún atraviesa se debe en buena parte a la exagerada oposición tradicional por parte de la doctrina para entender los puntos de contacto entre ésta y las nociones de sociedad y persona moral o jurídica, dando de lado a una realidad esencial: la de que la indivisión y la sociedad son funda-

mentalmente una «comunidad de intereses», que nos pone de manifiesto la existencia no sólo de un conjunto de bienes, sino también y sobre todo una agrupación de personas.

Es necesario, por tanto, afirma el autor, renunciar a enfrentarse con los problemas de la indivisión, considerándolos tan sólo desde el ángulo o prisma de los derechos reales de los comuneros sobre los bienes objeto de la indivisión. La idea matriz de la agrupación de personas es título bastante para reconocer una serie de derechos y obligaciones, poderes y deberes, para aplicar algunas reglas propias del derecho de sociedades, para explicar, en fin, el predominio de los intereses colectivos sobre los particulares de cada uno de los comuneros, e incluso la adquisición de personalidad jurídica en el caso de que éstos afecten los bienes a una finalidad común determinada y designen a un representante encargado de administrar aquéllos. En efecto, dice FRANCIS DELHAY, la indivisión, una vez que alcanza un determinado grado de madurez (y madurez implica cohesión y organización), se rodea de los atributos propios de la persona jurídica. La validez de esta conclusión, a la que llega tras interesantes reflexiones, se ve confirmada en el Derecho contemporáneo por la aparición de figuras tales como las agrupaciones forestales previstas por el artículo 10 del Decreto número 54/1302, de 30 de diciembre de 1954, o bien las agrupaciones agrícolas de explotación en común previstas por la Ley número 62/917, de 8 de agosto de 1962.

Otras veces, como a los fondos de inversión, la ley les niega abiertamente la personalidad jurídica (Decreto de 28 de diciembre de 1957), pero ello no impide que al menos se nos muestre la existencia de una indivisión realmente transformada tras un proceso metabólico, en el que la influencia de una «enzima», la de la sociedad, es insoslayable. FRANCIS DELHAY, tras unas palabras de introducción en las que critica la construcción tradicional de la indivisión como situación en la que cada comunero gozaba de una completa autonomía, con una serie de derechos, como el imponente *ius prohibendi*, que le hacía señor absoluto, haciendo, por tanto, en cierto modo justas las palabras dedicadas por JOSSEERAND de que «la indivisión deja a las riquezas bajo el dominio de individualidades físicas», que constituye una organización esencialmente individualista y, por tanto, una desorganización verdaderamente caótica... «Régimen esencialmente estéril, excluyente de toda unión, de todo pensamiento comunitario», FRANCIS DELHAY, como decimos, se propone brindarnos una nueva concepción social o «comunitaria» de la indivisión, poniendo de relieve que la ligazón existente entre los intereses individuales es tal, que los comuneros, más que individualidades físicas, son individualidades psíquicamente intercomunicadas en razón al fin común que les une.

La obra está dividida en tres partes: A) Una primera dedicada a tratar cómo se han expresado tradicionalmente las relaciones entre la sociedad y la indivisión. B) La segunda se refiere a las aportaciones de la teoría de la sociedad a la de la indivisión. C) Relaciones entre indivisión y sociedad, analizadas desde el prisma de la personalidad jurídica.

1) EXPRESION TRADICIONAL DE LAS RELACIONES ENTRE SOCIEDAD E INDIVISION

Tomando como punto de partida la organización de ambas figuras, se había establecido secularmente una oposición que semejaba irreductible.

La *indivisión*, se decía, no hace surgir relaciones jurídicas entre los comuneros. No les traba, por así decirlo, ninguna obligación. La indivisión no es una agrupación de personas, sino todo lo más una reunión de

hecho de una pluralidad de individualidades. Es más: la indivisión tampoco está integrada por un conjunto homogéneo de bienes; éstos no forman una masa autónoma e independiente.

La *sociedad*, por el contrario, constituye a la vez una agrupación armónica, organizada, de bienes y también de personas. La sociedad se consideraba como un contrato establecido sobre la confianza mutua de los asociados, y tendente a la consecución en común de un objetivo definido y determinado con anterioridad. Se trata de una agrupación plenamente organizada, en cuyo seno los poderes están repartidos en función de la actividad, a la vista de la cual los asociados se han constituido en grupo.

La sociedad es también un conjunto organizado de bienes. La atribución de personalidad a la sociedad implicará la integración de los bienes sociales en un patrimonio distinto del de los asociados, con lo que se facilita la gestión.

Pero la oposición tradicional entre estos dos conceptos lleva inherente una serie de consecuencias que son muy importantes. Entre ellas destacaremos que, a través de la separación de sociedad e indivisión, lo que se opone en última instancia son los conceptos de indivisión y personalidad jurídica.

He aquí, sin embargo, que nuevas luces matizan hoy la teoría de la indivisión y la de la sociedad. Si ésta es ciertamente un estado querido, no es menos cierto también que la indivisión no es siempre un estado o situación «sufrida», sino a veces «concertada». El criterio frecuente de la indivisión como situación accidental y de corta duración (se echaba mano usualmente de la indivisión hereditaria) se ve actualmente modelado bajo el peso decisivo de ciertas indivisiones convencionales, de duración indefinida. Así, los que compran o construyen un mueble en común se colocan en estado de indivisión voluntariamente. De la misma forma, los que adquieren participaciones en fondos de inversión se sitúan en aquel estado con los demás propietarios de las sumas o valores mobiliarios que integran los mismos. Pues, en efecto, los fondos de inversión, «conjunto de valores mobiliarios y de cantidades colocadas a corto plazo o a la vista y que pertenecen a diversas personas que tienen sobre ellos un derecho de propiedad indivisa», rivalizan con las sociedades de inversión de capital variable, creadas, como aquéllos, por Decreto de 28 de diciembre de 1957.

Estas indivisiones convencionales ocupan a menudo el lugar de la sociedad. No es que sean sociedades en sentido estricto y, en consecuencia, la ley no las considera como tales. Pero, desde luego, no hay más que replantearse de nuevo la cuestión de las notas consideradas tradicionalmente como específicas de la sociedad y de la indivisión, y, sobre todo, la pretendida voluntariedad de la primera y necesariamente de la segunda.

DELHAY, en un capítulo preliminar, y bajo el epígrafe «La génesis de las dos instituciones», nos dice que está ya admitido por todos los historiadores y la mayor parte de los sociólogos que la propiedad individual no puede considerarse como uno de los primeros hechos en la historia del derecho. En efecto, en las civilizaciones primitivas abunda el fenómeno de la propiedad colectiva. Los bienes están esencialmente vinculados a una colectividad. Están al servicio de los miembros de ésta, de acuerdo con diferentes modalidades, mal conocidas y plenamente integradas en una vida de grupo.

La indivisión supone que varias personas se benefician simultáneamente de las prerrogativas existentes sobre un bien o conjunto de bienes; condiciones estas que parecen haberse desenvuelto por vez primera en un medio familiar. Dentro de esta línea, la frecuente concentración

de la autoridad en la persona de un solo individuo no excluye, sin embargo, el establecimiento entre los próximos parientes de un grupo instituido sobre la base de una vida en común, un trabajo también común y el sentimiento de una estrecha solidaridad.

La aparición del derecho sucesorio planteará, naturalmente, en un marco jurídico nuevo el problema de la indivisión. Imposible resulta fijar la fecha de las primeras manifestaciones de esta institución. No obstante, se pueden encontrar situaciones análogas entre los hebreos, en Egipto, a partir de la cuarta dinastía, en Grecia y también en Roma.

Por su parte, el Código de Hammurabi nos muestra la existencia de fórmulas comanditarias en la primera dinastía establecida en Babilonia.

Así, pues, el estudio de las antiguas comunidades familiares ha sido lugar común de investigación de los estudiosos en su afán de descubrir los vestigios más remotos de aquéllas y su tránsito hacia agrupaciones organizadas con forma jurídica. Y así, a lo largo de esta paulatina evolución y en sus diversas fases han tratado de localizar la indivisión y la sociedad. Con ello se llega al problema de averiguar si éstas han conocido o no en su progresiva transformación formas comunes. Es este un punto controvertido que se suscita en torno a las comunidades entre hermanos, por ejemplo, consideradas ora como manifestaciones de situaciones de indivisión, ora como el origen del contrato de sociedad.

Lo que no cabe duda es que este tipo de comunidades entre hermanos o próximos parientes parecen haber jugado un papel importante en la remota antigüedad.

El Código acadio de Eshuma se refiere ya a ellas. En Egipto, el derecho familiar, originariamente individualista, evolucionará paulatinamente, por motivos de orden religioso, en tiempos de la tercera y cuarta dinastía.

A partir de la cuarta dinastía, las sociedades familiares se multiplican en torno a fundaciones de ese mismo tipo. Los bienes, afectados por un ascendiente a su culto, son administrados por el hijo mayor, aunque los demás hijos, a manera de sacerdotes funerarios, participan en la propiedad de los bienes, siquiera lo hagan condicionados por la cualidad del hijo mayor. Más tarde, las fundaciones se extenderán a la totalidad del patrimonio. Sin embargo, tras el descubrimiento en 1933 de un nuevo fragmento de las «institutas» de GAYO, el más célebre de este tipo de agrupaciones, es, sin duda, el «consorcio» romano o *ercto non cito*. El consorcio era «legítimo», o sea previsto y regulado por la ley de las doce tablas. GAYO nos explica así este consorcio: *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito*.

En efecto, en Roma la cohesión familiar reposa en la autoridad del *pater familias*, pero a su muerte no es frecuente, por lo menos en sus orígenes, que sus descendientes pidan la partición. Normalmente prefieren conservar la comunidad de los bienes.

Hay una serie de razones religiosas, morales, factores psicológicos que contribuyen a forjar esta situación.

La pequeñez de las parcelas familiares, la necesidad de una mano de obra abundante en una época en la que la esclavitud era rara, se conjugaron para imponer este *statu quo* sobre el que se han vertido las más variadas opiniones tendentes a explicar su naturaleza. Según la mayor parte de los romanistas, el consorcio entre los *heredes sui* sería la continuación de una copropiedad familiar anterior entre el *pater familias* y sus más próximos parientes. No había en realidad sucesión a la muerte del *pater familias*, sino más bien continuación de una comunidad preexistente. Ello explicaba, se opina por la doctrina, que no se exigiera para la constitución del *ercto non cito* ninguna forma jurídica.

Sin embargo, este criterio, nos dice FRANCIS DELHAY, no deja de ofrecer puntos para su crítica. GAYO nos dice que mientras el *pater familias* vivía, sus herederos tenían la condición de copropietarios, pues era evidente, afirma, que mientras aquél no muriera absorbía la *potestas* y la dirección de la familia y de sus bienes. El *heres suus* permanecía bajo su potestad. De esta manera, era el hecho de su muerte el que, cargado de virtualidad jurídica, abría su sucesión, y el consorcio que aparecía a simple vista como la continuación de la vida en común anterior se traducía en un nuevo fenómeno: el dominio jurídico de los herederos sobre los bienes que integraban el patrimonio paterno.

Muchas son las cuestiones que surgen del examen del *ercto non cito*, pero el autor de este libro concreta su estudio sobre las relaciones del mismo con la clásica indivisión sucesoria, la copropiedad y, finalmente, la sociedad. Si bien GAUDEMONT, en su obra *Las comunidades familiares*, entiende que el consorcio romano se nos aparece fundamentalmente como un fenómeno de indivisión hereditaria entre los *heredes sui*, parece excesivamente simplista su criterio. En efecto, un examen detenido de la citada figura nos lleva a la conclusión de que los bienes de familia así adquiridos escapaban a toda repartición, incluso ideal, dada la imperiosa necesidad de mantener la unidad patrimonial anterior. Este hecho (la inexistencia de una cuota)—parte representada por una cifra—acercaba al consorcio *ercto non cito* y a figuras como las *societates ad exemplum fratrum suorum* del derecho romano y a las comunidades entre amigos del derecho griego, a una especie de condominio solidario. No obstante, con el tiempo, la posibilidad de utilizar los condominios un poder de interdicción va perfilándose cada vez con características más acusadas, hasta que una nueva y potente concepción de la igualdad entre los miembros de estas comunidades da a luz a una idea de cuota parte, tímidamente esbozada al principio y que dará lugar a una estructuración a la vez realista e individualista de la indivisión. Caminando por estos vericuetos, el autor pasa a continuación a estudiar las concomitancias entre el consorcio configurado anteriormente y la sociedad. Aquí sí que se puede decir que todo es opinable.

Mientras para un gran número de investigadores el consorcio como estado de indivisión de bienes entre los diversos titulares representa una etapa o estadio «hacia» la sociedad, para otros la sociedad como forma primitiva de organización de agrupaciones encontraría en el consorcio su manifestación más pretérita. Y esto no sólo en el consorcio entre *alli*, en el que era claro y evidente el elemento consensual, sino incluso en el consorcio entre *sui*, por cuanto la concorde voluntad de varios individuos, en orden a la no modificación de una situación jurídica, equivalía a un contrato, y como tal llevaba inherente aquel elemento.

DELHAY hace luego exposición detallada del planteamiento de la distinción en los autores franceses antiguos como BOUTILLIER, BEAUMONOTR, etcétera, y en los que pudiéramos denominar clásicos, como POTHIER y DOMAT, que tropezaron con la ambigüedad de los textos romanos en que la palabra *socius* servía en un principio para calificar indistintamente al asociado y al comunero, siéndoles, por tanto, factible utilizar la acción «pro socio».

Los dos últimos capítulos (II y III) de la primera parte fijan, respectivamente, los fundamentos teóricos y las consecuencias prácticas de la distinción entre la sociedad y la indivisión a partir del Código civil. Este, aunque no adopta una postura terminante, sí parece aceptar tal diferenciación. El artículo 815, único que utiliza la palabra «indivisión», figura bajo el título relativo a sucesiones y en un capítulo relativo a la partición. Por el contrario, las disposiciones referentes a las sociedades se encuentran en el título noveno, consagrado al contrato de sociedad.

Concretamente, del artículo 1832 se desprende que la sociedad consiste en la puesta en común de un conjunto de bienes, a fin de repartir los beneficios que de ello puedan seguirse. Queda, claro está, por determinar qué se entiende por beneficios; pero aun cuando esta idea viene perfilada por la jurisprudencia en el sentido de ganancia pecuniaria o material, que viene a añadirse a la fortuna de los socios, es indudable, y así lo lamentaba la doctrina, que no puede servir de criterio diferencial entre situaciones de indivisión prolongadas con el objeto de evitar un perjuicio, y las situaciones calificadas vulgarmente de «sociedades» por el hecho, si no solo, bastante poco significativo, de persecución de un beneficio pecuniario.

DEMOLOMBE confirma este criterio cuando, ahondando en el examen de las dos figuras, nos dice: «Lo que sí constituye verdaderamente un signo distintivo es el hecho de que la sociedad forma entre los que la integran un ente de razón, exigiendo que cada uno de los socios sacrifique su propio interés en aras del interés colectivo; mientras que la comunidad es un estado puramente pasivo carente de individualidad propia y en la que los copropietarios no están unidos, en cierto modo, más que por la cosa misma: *in re ipsa*.»

Por su parte, TROPLONG, poniendo también de manifiesto la insuficiencia de los datos legales, declara que lo que distingue fundamentalmente la sociedad de la comunidad es el espíritu que anima, inspira y vitaliza a aquélla, la *afectio societatis*, que no inspira a la segunda, considerada como algo estático, transitorio cuya inevitable existencia no tiene razón distinta de ser que la de tender hacia un estado contrario, hacia la división; división, se dice por algunos autores, que tiene una naturaleza compleja, pues se trata de un acto no solamente declarativo, sino también atributivo y determinativo, lo que hace que el derecho del comunero no aparezca, a diferencia del derecho del asociado, como un derecho estrictamente determinado. Este último recae, sin duda, sobre un valor representado por un crédito que en modo alguno puede confundirse con su objeto, y que se encuentra perfilado *ab initio*.

Y por lo que al aspecto práctico de la distinción se refiere, conviene plantearse el ámbito de aplicación del artículo 815, sobre todo en relación con la indivisión sucesoria, la sociedad y las indivisiones convencionales.

La doctrina, por lo general, no dudaba en afirmar el sometimiento al mismo de las situaciones de indivisión calificadas de naturaleza, pero lo rechazaba categóricamente respecto a las sociedades y se mostraba un tanto perpleja en cuanto a las indivisiones convencionales.

Así, el gran jurista belga LAURENT declaraba que: «Había que dejar sentado, en principio, que el artículo 815, y concretamente su apartado segundo, no concierne más que a aquellos supuestos en los que la indivisión resulta de una comunidad de hecho, en que no concurre el consentimiento de los copropietarios y en que no existe un específico fin común: tal es el caso de la herencia. Por el contrario, en las sociedades y aquellas indivisiones que resultan de una convención en la que se determina una finalidad concreta, son supuestos en los que el juez puede, sin temor a errar, decidirse por la inaplicación del citado precepto.»

«La intervención del artículo 815 en las llamadas indivisiones sucesorias—continúa diciendo—viene justificada por su misma finalidad. Los herederos no tienen ningún interés en mantener esta situación puramente accidental; es más, su interés más inmediato es que llegue a su término lo más pronto posible. En efecto, el fin de la indivisión sucesoria es la partición, y el artículo 815 ofrece a los herederos el medio de lograrlo.»

No obstante, afirma el autor—conviene advertirlo—que ya en la última década del siglo pasado el criterio de LAURENT debe calificarse como de «aislado». Y así, para DEMOLOMBE el artículo 815 «es aplicable en todos los casos». Y GUILLONARD participa de la misma opinión. Recogemos sus palabras: «La división de las cosas tenidas en común puede ser siempre pedida. El artículo 815, aunque localizado en el título correspondiente a 'sucesiones', se desenvuelve en un marco más general y debe ser aplicado a toda situación de indivisión. Y ello, entre otras razones, porque debería haberse situado bajo la rúbrica de la 'propiedad' y no bajo la de 'sucesiones'».

Por su parte, AUBRY y RAU consolidan esta afirmación al decir también que «cada copropietario está facultado para pedir la división de la cosa común en cualquier tiempo».

El criterio jurisprudencial, aunque vacilante, parece oponerse al mantenido por los autores señalados, y de esta manera una sentencia del Tribunal civil de Narbona de 29 de abril de 1913 declara que el derecho de todo copropietario de solicitar la división de la cosa común no existe más que en el supuesto de una indivisión natural, resultante de la apertura de la sucesión, o bien de una relación contractual sin finalidad específica. El artículo 815 no tiene razón de ser cuando la indivisión resulta del consentimiento de los cotitulares prestado en vista a la consecución de una finalidad plenamente prevista y querida por todos ellos».

Interesante resulta también tratar si es o no posible aplicar el artículo 1859 a las indivisiones. La doctrina del siglo XIX, por lo general, guiada por una concepción de la indivisión muy alejada de la de la sociedad, ha aplicado el artículo señalado de una manera que pudiéramos denominar distributiva: en cuanto ha reservado a la sociedad la aplicación de disposiciones favorables a la gestión de los bienes comunes, en tanto que utilizó en materia de indivisiones las disposiciones del artículo 1859 favorables a la protección de los derechos de los copartícipes contra las iniciativas de uno de ellos. Por lo que se refiere al primer apartado, el problema se centraba en torno a la cuestión de si podía entenderse que hubiera una representación recíproca de los cotitulares en la administración de la cosa común.

Mientras una dirección interpretaba dicho apartado en el sentido de que los «actos de administración son verdaderas manifestaciones de los derechos de los copartícipes sobre la cosa; derechos que pueden ejercitarse plenamente a menos que exista oposición previa de alguno de ellos, equivaliendo su silencio a un consentimiento tácito», otra lo hacía considerando que «cuando no hay más simple comunidad de cosas entre diversas personas, el derecho de administración se encuentra también indiviso entre ellos, como lo están también las mismas cosas». La cosa común no podía ser administrada más que conjuntamente por todos los titulares, o por uno de ellos o varios de los mismos en virtud de un mandato recibido de los demás. Pero en la comunidad, en que la unión de las cosas es a menudo independiente de la voluntad de las personas, en modo alguno puede decirse que cada titular haya recibido de los otros la facultad de administrar la cosa indivisa. En resumen: el silencio de los copartícipes es estático o, si se quiere, no puede interpretarse como un mandato tácito.

La jurisprudencia se mostró contradictoria en un principio. Una sentencia de la Audiencia Territorial de Burdeos de 14 de abril de 1845 declara aplicable el párrafo primero del artículo 1859 a las situaciones de indivisión. Pero otra posterior de 4 de febrero de 1852 reserva, ya de una manera formal, la aplicación del citado precepto a las sociedades. Más

tarde, otras fijarán el criterio de que «no hay en las indivisiones representación recíproca de los cotitulares en cuanto a la administración de la cosa común».

No obstante, habida cuenta de que la aplicación de esa disposición a las sociedades supone no solamente la representación mutua de los socios, sino, además, la posibilidad de ejercitar por cada uno de ellos un derecho de veto, cabría preguntarse con un deje de ironía si no es precisamente este *ius prohibendi* la manifestación más específicamente individualista de la indivisión, derecho de veto que no puede concebirse más que antes de la realización del acto, cuando éste se refiere a una operación de administración.

En cuanto al apartado segundo, que confiere a los copartícipes el derecho de usar y gozar de la cosa común, si bien la doctrina pretendió en un principio aplicarlo tan sólo a las indivisiones necesarias, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de febrero de 1894, reconoció este derecho a toda situación de comunidad, sin hacer distingos.

La aplicación, finalmente, del párrafo tercero («cada titular puede obligar a los demás copartícipes a realizar con él los gastos necesarios para la conservación de la cosa común»), está puesta fuera de duda por la doctrina y la jurisprudencia, si bien sea ésta escasa.

De la misma forma se admitió sin dificultad la posibilidad de regular las innovaciones realizadas por los comuneros según lo que establece el apartado cuarto del artículo 1859.

En definitiva, como ha podido observarse, la aplicación eminentemente distributiva del artículo 1859 del Código civil, las vacilaciones de la jurisprudencia en cuanto a la aplicación a las indivisiones convencionales del artículo 815 del Código civil, son, en contra de lo que pudiera pensarse, el signo más evidente de la precaria oposición entre la sociedad y la indivisión.

A pesar de los trabajos preparatorios del Código civil, con sus criterios apriorísticos, que habrían de ser considerados luego algo menos que principios fundamentales, los autores no han podido impedir ciertas interferencias en la reglamentación de ambas instituciones.

II) CONTRIBUCION DE LA TEORIA DE LA SOCIEDAD A LA DE LA INDIVISION

El autor hace hincapié en esta segunda parte de su obra en los notables puntos comunes de una y otra figuras, sobre los que se han tendido a lo largo de la historia numerosos puentes. Hasta la ordenanza de Moulins, que hizo obligatoria la redacción de un escrito, cristalizando la constitución de todas las sociedades cuyo objeto excediera de 100 libras, la prueba de existencia de las mismas era relativamente fácil dada la admisibilidad de un gran número de medios: vida común, participación en ganancias y pérdidas, etc. Ello ha hecho que la trasposición de criterios y la intercomunicación de ideas haya sido algo más que simplemente corriente.

Pasa luego revista a la interpretación de disposiciones aplicables a ambas instituciones en Roma. Aquí la sociedad era, ante todo, una institución de derecho consuetudinario, una simple práctica social, extrajurídica, si no metajurídica, en la que las relaciones personales entre los asociados, cuyas ambiciones financieras y económicas eran por entonces bastante limitadas, se nutrían fundamentalmente de la savia producida en el seno de costumbres familiares. En una primera etapa de su evolución, la sociedad era, sobre todo, *amistad*. Se veía impregnada y perfumada por las suaves esencias de la *aequitas* y de la *bona fides*.

La poca importancia de los bienes susceptibles de disposición por los individuos que la componían hacía de su puesta en común algo realmente secundario, accesorio en la configuración de las relaciones sociales.

Cuando aquella primitiva confusión entre sociedad y amistad se difuminó; cuando la sociedad civil adquiere una tonalidad jurídica más acentuada, esa *puesta en común* de los bienes sociales toma una importancia nueva y desconocida hasta entonces. Pues es ahora cuando se convierte en un elemento esencial de la sociedad y arrastra consigo la necesidad insoslayable de aplicar ciertas reglas de la comunidad ordinaria.

Bajo este ángulo, la sociedad se nos muestra ya como una especie de indivisión. Entre estas dos figuras no existe más que una diferencia original, en cuanto la sociedad tiene su nacimiento en un contrato, mientras que las obligaciones nacidas de la indivisión eran, según la clasificación de GAYO, obligaciones cuasicontractuales.

Por lo que al antiguo Derecho francés se refiere, lo precario de la distinción entre ambas es aún más plausible. La sustitución del derecho consuetudinario por un derecho fundamental escrito no puede por menos de provocar ciertas repercusiones en materia de agrupaciones, pero no afecta en líneas generales a la idea expuesta. FRANCIS DELHAY, tras centrar su atención en la organización de la indivisión, en esta etapa histórica, declara las profundas conexiones existentes entre las instituciones tratadas. Son particularmente interesantes sus conclusiones relativas a la percepción en aquéllas de frutos o beneficios. Ni siquiera este concepto puede considerarse válido para llegar a diferenciarlas de forma clara y terminante, pues si bien los cotitulares en la indivisión pueden llegar a percibir los frutos durante la misma en proporción a su parte, también es verdad que el reparto de frutos podía ser aplazado hasta la división. Y en cuanto a la sociedad, aunque algunos autores pretendieran que la distribución de ganancias debía tener lugar a la disolución de la sociedad, no cabe la menor duda que la percepción periódica de beneficios era algo perfectamente conocido en la época que nos ocupa.

En el título segundo de esta misma parte se hace una especial referencia a la organización de la indivisión desde el ángulo fundamentalmente jurisprudencial.

Según la concepción tradicional, la indivisión se caracterizaba por una independencia absoluta entre los diferentes comuneros. Entre ellos podía muy bien decirse que la «extranjería había tomado carta de naturaleza». Cada uno de ellos estaba dotado de un derecho que le permitía alcanzar, dentro de esa situación, fines específicamente personales. Es indudable que en esa persecución de intereses puramente particulares se puede llegar a entorpecer la actividad de los demás miembros. Pero ¿qué más daba! Si en el fondo puede actuar o no actuar sin tener obligaciones respecto de ellos. Únicamente debía respetar el derecho de los demás, límite o mojón a su propio quehacer. Pero este respeto, se decía, no era constitutivo de obligaciones en sentido estricto. Nos hallamos ante lo que PLANIOL denominaba «la obligación pasiva universal», elemento constitutivo del derecho real, según los teóricos del personalismo, y que hoy ha sido sustituida por una noción más moderna: la de *oponibilidad*. La oponibilidad sería así, dice RIGAUB, el aspecto externo de ese derecho. Pero para admitirla entre los comuneros haría falta imaginar que no son cotitulares de un mismo y único derecho real, sino de distintos derechos de la misma naturaleza.

En cualquier caso, lo que es evidente es que los tribunales, aunque trabajosamente, han acertado en estructurar este tipo de situaciones sobre la base de auténticas obligaciones entre los comuneros. Si; sobre un cuerpo coherente de verdaderas obligaciones, relacionados con un triple orden de preocupaciones:

1.ª Necesidad de asegurar una cierta duración a las situaciones de indivisión.

2.ª Necesidad de establecer entre sus miembros una igualdad en el reparto de los beneficios que resultan de los bienes comunes.

3.ª Necesidad de tomar en consideración y salvaguardar los actos de gestión efectuados durante la indivisión, en provecho de los cotitulares.

A) OBLIGACIONES RELATIVAS A LA DURACIÓN DE LA INDIVISIÓN

El artículo 815 establece dos reglas esenciales: 1) Ninguno de los titulares de la cosa común está obligado a permanecer en la indivisión. 2) Tampoco están constreñidos a diferir la división. No obstante, los autores clásicos, al poner el acento en la libertad de los comuneros, han olvidado, o por lo menos pasado por alto, esas obligaciones de que hablábamos, y que se derivan de un examen detenido del citado artículo. Ya las iremos viendo. Por lo pronto conviene dejar sentado que si bien el comunero puede provocar la división, también es libre de no provocarla. Porque, aunque es cierto que el legislador se ha esforzado en el artículo 815 por preservar la libertad de aquéllos en cuanto pretendan salir de la indivisión, también lo es que no ha puesto ningún obstáculo en el camino de aquel que quiera mantenerse en esa situación.

Por otro lado, conviene tener presente que la simetría establecida en el artículo 815 entre el «derecho de salir de la indivisión» y el de «provocar la partición» es más aparente que real desde el momento en que deben admitirse otros medios, junto a los cuales es indudable, sin embargo, que la *división* es el más frecuente, si no el más perfecto, según los redactores del Código civil. Esos medios son fundamentalmente dos: la *cesión de partes* y la *constitución de sociedad*, encarada ya por algunos textos a partir del siglo XIX. En este sentido, y entre las disposiciones modernas, debería tenerse siempre muy a la vista el Decreto de 30 de diciembre de 1954, y, sobre todo, el artículo 10, que autoriza la constitución de una sociedad de explotación forestal, partiendo de una situación de indivisión y sobre la base del consentimiento de los participantes e incluso a veces contra la voluntad de una mayoría numérica. Puede también tenerse en cuenta, en cuanto revela una preocupación del legislador para convertir ciertas indivisiones en agrupaciones mejor organizadas, la Ley número 62/933, de 8 de agosto de 1962, sobre «grupos agrícolas», que no son sino sociedades formadas por diversos propietarios de bienes inmuebles, con objeto de salir de la indivisión. Pero aún hay más; porque se pregunta el autor si sería demasiado arriesgado entender que en todos aquellos casos en que no se ha acudido a la partición en un plazo determinado, este hecho pudiera tomarse en consideración a los efectos de verificar una conversión de la indivisión en sociedad, al menos en sociedad de hecho.

Si examinamos el artículo 1865 del Código civil, no modificado por la Ley de 24 de julio de 1966, observaremos que la sociedad se extingue:

- 1.º Por transcurso del tiempo estipulado para su duración.
- 2.º Por extinción de la cosa o conclusión del negocio.
- 3.º Por muerte de cualquiera de los socios.
- 4.º Por interdicción o concurso de alguno de ellos.
- 5.º Por voluntad de uno o varios en el sentido de no permanecer más tiempo en sociedad.

A la vista de esta disposición y del artículo 815 (éste realmente no prohíbe la perpetuación de las situaciones de indivisión, sino el mantenimiento forzado y a perpetuidad de la misma. El derecho a la división no es algo que pertenezca a la esfera del orden público. Lo son únicamente las convenciones o la prohibición tendentes a impedir la división por un período superior a cinco años. Pero aun en el caso de que así se pactara, la convención no es nula, lo que ocurre es que carece de virtualidad jurídica en cuanto al exceso de los cinco años), muy bien puede pensarse que la indivisión se nos aparece como algo bastante menos precario que la sociedad, dado que sólo puede desaparecer por dos causas: la división o la desaparición de las cosas comunes. División que aunque tradicionalmente se ha considerado desde un punto de vista activo, es decir, como un derecho, no está exenta de una consideración negativa —obligación por parte de los demás de sufrirla y que tal vez sea más acertada—.

Un caso particularmente interesante es el de las pretendidas *servidumbres de indivisión*. Así, la *medianería*, palabra referida por la ley a la comunidad de muros, pero que también podría ser aplicada a cualquier otra parte común de un edificio, construcción o terreno. Recibe un tratamiento especial por parte del autor, que remontándose a la primera vez que los tribunales emplearon la voz de *indivisión forzosa* (sentencia de 21 de octubre de 1889), la somete a una dura crítica que va desde el aspecto puramente terminológico (por qué crear una categoría mixta y bastarda, la de *servidumbres de indivisión*, en vez de hablar pura y simplemente de modalidades de indivisión) hasta el aspecto sustantivo o de fondo.

En su examen llega a la conclusión de que si la doctrina y jurisprudencia, respectivamente, han propuesto una normativa y una consideración diferentes, ello se debe al deseo de sustraer este tipo de situaciones a la regla de orden público anteriormente recogida, y que prohíbe la indivisión perpetua y con carácter forzoso. Pero si esa regla debe ante todo tener presente lo que concierne al interés común, es indudable que éste exige, en los supuestos mencionados anteriormente, un tratamiento precisamente contrario y, por tanto, excepcional. Una vez más, pues, podría hacerse uso del aforismo «la excepción confirma la regla».

B) OBLIGACIONES RELATIVAS A LA IGUALDAD DE LOS COMUNEROS

En este segundo apartado trataremos de la igualdad de los diversos cotitulares en el goce de la cosa común, que es preciso distinguir de la igualdad en el uso de los mismos bienes. La primera facultad, la de percibir los frutos y ventajas económicos de la cosa, se presta perfectamente a la idea de una igualdad de derecho, que puede conseguirse, o bien por vía *convencional*, o a través de un criterio *jurisprudencial*. Aquella tiende, por sendas consensuales, a evitar que la astucia, maña, interés o habilidad de alguno de los comuneros, le constituya en árbitro de los repartos. Implica la armonización de dos nociones clave: *goce dividido* aún y a pesar de una *subsistencia de la situación de indivisión*.

En realidad muy bien puede hablarse durante este lapso de tiempo de una periódica partición provisional o, mejor, parcial, en cuanto anticipando los efectos de la división definitiva provoca la distribución de ciertos bienes comunes: los frutos percibidos durante el período en cuestión y, en general, durante la indivisión.

Aún hay otra posibilidad, ya que, en defecto de convención, los tribunales intervienen directamente para establecer la susodicha igualdad. Reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto cómo para lograrla se

hace preciso desligar el derecho que ostenta cada uno de los comuneros hacia los frutos, de su derecho de propiedad sobre la cosa común al verificarse la división, pues mientras los bienes corporales indivisos son generalmente distribuidos *in natura*, los frutos sean naturales o civiles, lo son atendiendo a la idea de *valor*. Llegado el momento «crucial» del ocaso de la comunidad, los frutos repartidos y los bienes se integran teóricamente en una masa cuya distribución se hace en base de esos dos criterios: el de entrega en especie y el de cómputo de valor; criterios, por otro lado, que no han sido en ocasiones bien entendidos por la doctrina, ávida muchas veces de extraer consecuencias de donde ni siquiera existen principios. Así se ha dicho que las ideas antes apuntadas marcan una evidente diferencia entre las estructuras de la sociedad y la de la indivisión, pues mientras la primera tiene como *inmediata finalidad* la de un reparto *regular* de los beneficios, la comunidad, por el contrario, *no es fundamentalmente* un organismo de producción, y, por consiguiente, sus ganancias incrementan el capital con el que son distribuidos. El argumento es tan endeble, que queda relegado a un ángulo puramente anecdótico, si tenemos en cuenta que el derecho de los socios no lleva implícito durante la vida de la sociedad más que el de percibir «tan sólo una parte de los beneficios obtenidos», y que el ejercicio de su derecho a una parte de las reservas, que presenta un valor pecuniario más considerable aún, queda aplazado hasta la disolución.

Difuminada así esa pretendida diferenciación, hay incluso (en el caso de que uno de los comuneros ejerza la gestión en nombre de los demás) un factor que une las dos figuras. Admitido que la salvaguarda de la igualdad en el goce de la cosa común no debe llevarse al extremo de considerar la actividad del gestor como puramente gratuita; admitido que a quien toma sobre sus hombros la nunca ligera y siempre engorrosa carga de la llevanza de los negocios (término que debe entenderse con la natural amplitud que la meta a que tendemos requiere), justo es que se le reconozca una remuneración, surge otra vez el «fantasma» de la sociedad con su tinglado coherente y bien organizado de relaciones, para explicarnos la forma de considerar esa gestión. En efecto, el *comunero-gestor* se encuentra situado, cualesquiera que sean sus intenciones y las reacciones de los demás comuneros, en situación muy similar a la del socio gestor en una sociedad, que participa de los beneficios en tanto que asociado, pero que percibe una retribución por su trabajo, pudiendo repetir, por otro lado, contra los demás miembros en cuanto a las cantidades que haya desembolsado en interés de la comunidad y haciendo partícipes a los demás de las obligaciones contraídas de buena fe y de los riesgos inherentes a su gestión. En resumen: la teoría de la igualdad en el goce de la cosa común no prohíbe a ninguno de los comuneros, en este caso al gestor, enriquecerse a base de la misma cosa común; lo que sí le prohíbe es que este enriquecimiento sea a costa de los demás.

C) GESTIÓN DE LOS INTERESES COMUNES

En el epígrafe anterior se ha hablado reiteradamente del manejo de la cosa común en relación con el goce de los frutos y beneficios que de ella dimanar. Nos toca en éste tratar, siquiera sea de una forma somera, la gestión de los intereses comunes, en sí considerada.

Resulta desconcertante ver cómo la doctrina, lejos de paliar el rigor de la regla de unanimidad, de limar progresivamente sus aristas, siente como una especie de sádico placer en asomarse a los abismos que se

antojan insalvables entre la sociedad y la indivisión. Al conjugar esta última figura con la idea de la unanimidad se han levantado una serie de obstáculos que no parece nada fácil saltárselos.

Dos soluciones, sin embargo, son teóricamente concebibles: o se entiende que los comuneros, todos ellos, han de ejercer personalmente la administración, o se considera que todos ellos, de mutuo acuerdo, ceden la administración a uno de ellos o a un tercero.

En ambos casos, la tan citada regla de *unanimidad* suscita una serie interminable de dificultades. En el primer caso, la intervención directa de cada condomino en la gestión multiplica las ocasiones de conflicto, al poder ser puestas en tela de juicio la oportunidad de las decisiones a tomar, o los medios que han de ser adoptados. Y no es solamente que se discuta tal o cual operación determinada, sino que con todo ello la administración de la cosa común se moverá constantemente en la dirección que marquen los vientos antojadizos del comunero que proceda de mala fa.

En la segunda de las hipótesis se hace necesario proceder de común acuerdo a la designación de un administrador, perfilando el contenido de sus facultades y sin que ello no signifique que, por cada uno de los titulares, pueda protestarse la utilidad de cualquier determinación tomada, o, lo que es aún más importante, se proponga otro administrador o se solicite la división.

A la vista de esta problemática planteada, no tiene nada de particular que la jurisprudencia haya ensayado diversas soluciones: 1) Entender que nos encontramos ante un mandato tácito. 2) Considerar aplicables las reglas de la gestión de negocios ajenos. 3) Relacionar la solución anterior con el enriquecimiento sin causa.

a) La primera, naturalmente, no puede ser aceptada más que con extraordinarias reservas y dudas por parte de quienes, apoyándose en los moldes clásicos, afirman que una de las notas diferenciales entre sociedad e indivisión es el carácter contractual de la primera y extracontractual de la segunda, el cual vendría desvirtuado de acoger la solución preconizada. El Tribunal Supremo, sin rechazar totalmente la regla del mandato tácito, manifestó en diversas ocasiones una gran severidad, sobre todo en el plano probatorio. Aquél no ha salido, desde luego, mejor parado que el mandato verbal, y, en consecuencia, se ve sometido al artículo 1985 del Código civil y a las reglas generales de prueba de los actos jurídicos.

b) *Gestión de negocios ajenos*.—En el plano teórico, la gestión de negocios ofrece la ventaja de constituir una situación extracontractual. En el plano práctico, es susceptible de aplicarse en términos de mayor amplitud que el mandato, por cuanto en éste se supone que el mandante conoce la gestión realizada por el mandatario y que la *acepta*. En efecto, el artículo 1372 del Código civil, párrafo primero, precisa que puede haber gestión de negocios, «ya el propietario conozca la gestión o la ignore».

Realmente, la gestión de negocios se estructura sobre una base fundamentalmente ocasional, y lo que pretende es asegurar la solución de un problema en momentos de determinada urgencia.

c) *¿Es posible hablar de enriquecimiento sin causa?*—El Tribunal Supremo, en sentencia de 1912, y matizando la solución de «gestión de negocios», declarada por la Audiencia Territorial de París en sentencia de 1 de febrero de 1910, relacionará aquélla con la teoría del *enriquecimiento injustificado*.

Ahora bien: aun admitiendo que, en contra a lo que se ha declarado a veces, el enriquecimiento sin causa puede coexistir con la gestión de negocios, aun suponiendo que no hay contradicción alguna entre las dos decisiones recogidas, debemos buscar las razones que han impulsado al Supremo a colocarse en un terreno distinto al de la Audiencia Territorial. En definitiva, esos móviles se concretan en la necesidad de dotar a la gestión de negocios de una acción complementaria o auxiliar que matice y ponga más de relieve la posición de todos los posibles interesados, es decir, no sólo de los demás comuneros, sino también de los terceros.

Con estas tres soluciones propugnadas por la jurisprudencia, ésta trata de evitar que se hiera de frente la regla de la unanimidad. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el fondo se trata las más de las veces de una máscara tras la que se encuentran ciertas desviaciones de la misma.

Así, sería una creencia un poco infantil pensar que la teoría del mandato tácito es la pura aplicación de la regla de unanimidad.

Según la doctrina clásica, la regla de unanimidad implica un concurso real, efectivo de los diversos cotitulares, en el acto en cuestión.

Ciertamente, la teoría de la representación permite considerar al representado como presente y participante en la operación prevista y consentida por él mismo. Pero esto supone que el mandatario actúa realmente en virtud de un poder que le ha sido conferido y dentro de los límites del mismo.

Por definición, en nuestra hipótesis no aparece, sin embargo, rastro alguno de un acto voluntario del mandante en favor del mandatario, y, en consecuencia, ningún límite puede señalarse a la actividad del comunero gestor.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la *gestión* de negocios, es evidente que el interés del gestor *confundido* con los intereses de sus «compañeros en la indivisión», viene a reemplazar el elemento intencional que era necesario en la misma: la intención de realizar la gestión. Pero es esa misma confusión de intereses la que impide que propiamente pueda hablarse de representación de los intereses de otros, pues lo que hay es una gestión de intereses comunes.

Finalmente, puede deducirse de todo lo hasta aquí dicho que si los tribunales a veces han echado mano de la teoría del *enriquecimiento injustificado*, es precisamente en aquellas hipótesis en que puede ser útil a tercero la utilización del artículo 1864 del Código civil, según el cual «la estipulación de que las obligaciones contraídas por cuenta de la sociedad no vincula más que al socio que las contrajo, y no a los demás, tiene dos salvedades: que éstos hayan manifestado su aprobación, o que *la obligación haya redundado en provecho de la sociedad*».

En cualquier caso, cabe estimarse como digna de encomio la tarea de los tribunales, que utilizando estos fórmulas más o menos acertadas, tratan de conferir al administrador de hecho una posición relativamente robusta, en cierto modo comparable a la del socio gestor, y de atribuir a los actos realizados por aquél en beneficio de los demás comuneros efectos análogos a aquellos que se realizan en favor de los socios, un poco por encima, por tanto, de las embarazosas fronteras señaladas a veces por los estatutos y por las disposiciones legales.

El último capítulo de esta segunda parte de la obra contempla dos hipótesis importantes: 1.ª) Gestión de los intereses comunes sin oposición previa al acto en cuestión. 2.ª) En caso de oposición manifiesta antes de la operación.

1.ª) Ocurre a menudo, tratándose de un acto de administración, esto es, de un acto que no hace salir un bien del patrimonio, que el desacuerdo de los demás condóminos o de alguno de ellos a las operaciones efectuadas por el condómino-gestor no se manifiesta explícitamente. Es corriente que el comunero conocedor del acto que va a llevarse a cabo se limite a concurrir al mismo. Sea por ignorancia unas veces, sea por negligencia otras, la realidad es que se abstiene de toda declaración y únicamente muestra la disconformidad al verificarse la división cuando, al palpar las cuentas que le son presentadas, se hace cargo de las dimensiones de los actos realizados por aquél.

Pues bien: en estas hipótesis es evidente la necesidad de asegurar la validez de dichas operaciones, respecto de las cuales la regla de la unanimidad se ve atemperada por obra y gracia de una suave interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia, apoyándose, sobre todo esta última, en el artículo 1859 del Código civil. En efecto, el paralelismo tantas veces traído y llevado de la sociedad y de la indivisión penetra en la susodicha regla, y la matiza con el espíritu del precepto citado. El texto de éste se refiere al caso de que no haya habido estipulaciones especiales sobre la forma de llevar la administración. Aquí el contenido de la regla de unanimidad se transforma en el sentido de conceder a los demás socios no actuantes *el derecho de oponerse a las operaciones de cualquiera de ellos antes de que se concluyan*. Aquí el consentimiento de los socios a los actos de administración es un consentimiento presunto. El simple hecho de no oponerse al acto antes que éste surta efectos jurídicos, su simple silencio, equivale al consentimiento. El derecho de oposición así configurado viene a ser, pues, un diminutivo de la exigencia del concurso de todos.

Esta solución, francamente aceptable, para los casos de simple administración, cede en supuestos concretos como es el arrendamiento, objeto de una especial consideración por DELHAY: «Desde siempre, afirma, ha sido estimado como necesario por los tribunales el acuerdo de los comuneros.» Y ello en base a tres ideas que él mismo recoge:

a) El *carácter indivisible* del *derecho de goce* que se le concede al arrendatario, quien no podría gozar de la porción cuyo arrendamiento le ha sido concedido por el arrendador sin disfrutar al mismo tiempo de la parte de los demás copropietarios.

b) El *carácter real* que tiene el derecho del arrendatario. No puede dejarse, se dice, al arbitrio de uno de los condóminos el vincular la cosa común. De otra forma se abriría el portillo de los más escandalosos abusos, al tiempo que acarrearía consecuencias desastrosas al momento de verificarse la división. Un inmueble «gravado» con un arrendamiento se vende indudablemente con mayor dificultad y a menor precio, ya que «los posibles compradores no pueden purgar un arrendamiento como se purga una hipoteca».

c) La consideración de la puesta en arrendamiento de un inmueble, como un *acto de disposición*.

2.ª) Cuando existe una oposición manifiesta antes de la conclusión del acto llevado a cabo por el copropietario gestor, lógicamente éste no podía, sin obtener el concurso de los oponentes, llevar a feliz término aquél.

No obstante, si conviene dejar bien sentado que aunque los comuneros tienen derecho a participar en la administración, debe negárseles toda posibilidad de paralizar la gestión de los intereses comunes por un veto inoportuno y, sobre todo, arbitrario y sin razón. Porque el veto tan sólo debe admitirse cuando fundadamente se deriven perjuicios para los diversos cotitulares no actuantes. El veto no es un instrumento al servicio

de la mentalidad egoísta de uno de los condóminos ni de su voluntad caprichosa o antojadiza. Y es aquí precisamente donde el juez jugará un papel sumamente importante valorando lo que son verdaderos intereses de las partes. Tanto es así, que en su mano estará muchas veces dar más relevancia a la subyacente comunidad de intereses que al desacuerdo de uno o la desavenencia o mala voluntad de la mayoría.

III) LAS RELACIONES DE LA INDIVISION Y DE LA SOCIEDAD, ANALIZADAS BAJO EL PRISMA DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

En esta tercera y última parte de su obra, FRANCIS DELHAY nos argumenta con multitud de ejemplos la *necesidad*, pero al mismo tiempo *relatividad* de la distinción entre sociedad e indivisión. Resulta muy poco razonable que la doctrina y la jurisprudencia, haciendo alarde en ocasiones de una gran superficialidad o, al menos, de un retraimiento para encararse con problemas latentes, hayan preferido discurrir por los cauces tradicionales, en lugar de abrirse madre por los caminos de la innovación.

Resulta también poco convincente declarar, como se ha venido haciendo hasta ahora (salvo raras excepciones, como la que representa la sentencia de 28 de enero de 1954, en que se afirma que «la *personalidad*, al ser inherente a toda agrupación provista de una posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, puede predicarse de ciertas indivisiones»), que la oposición sistemática entre ambas instituciones tiene su basamento en el reconocimiento de personalidad jurídica que se otorga a la sociedad. En efecto, ni desde *el punto de vista jurídico* puede decirse que la personalidad resume la esencia de la sociedad, la cual es algo más que una persona jurídica, ni desde *el punto de vista histórico* dicho reconocimiento puede calificarse de primario en el desarrollo de la misma.

De un examen detenido de los textos romanos se extrae una irrefutable conclusión: la idea de «personalidad», nacida inicialmente «para ser del hombre», se aplicó traslaticiamente a determinadas entidades, en *una época tardía* (al final de la República), *de manera costosa* por la arraigada concepción de que la sociedad no era sino una indivisión, calificada si se quiere, por la presencia de elementos específicos, y de *forma limitada*, cuanto se reconoció tan sólo a los *municipios* (a los efectos de que tomaran parte en el tráfico jurídico) y a algunas *sociedades de publicanos*.

Sobre estos antecedentes fácilmente puede comprenderse que hubiera que esperar hasta finales del siglo pasado para dotar de personalidad jurídica a las sociedades civiles.

La personalidad de las sociedades civiles aparece como una verdadera creación jurisprudencial. Y no se crea lo que dice un sector en la doctrina de que los tribunales se encontraron con un terreno abonado por multitud de preceptos legales que parecían tender a ese reconocimiento. Artículos como el 1845, 1846, 1848, 1850, 1852, 1856 y 1859 no conducían ni mucho menos de una forma inexorable a aquel laudable alumbramiento. De estos textos no puede deducirse que la sociedad sea una *persona jurídica* distinta de los socios que la integran, sino tan sólo que «pueden existir intereses distintos del de cada uno de éstos» cuando se la observa a través del prisma de la colectividad de socios.

A continuación el autor, metódicamente, va deshaciendo una serie de tópicos que impedían ver la auténtica realidad de las dos instituciones. En primer lugar se refiere a la *autonomía patrimonial*, que no es en modo

alguno privilegio de las agrupaciones dotadas de personalidad jurídica, sino que puede observarse también en las indivisiones hereditarias, tanto desde el lado de la composición del activo como desde la liquidación del pasivo, al admitirse que la *indivisión* puede ser propietaria de ciertos bienes y acreedora de cada uno de los coherederos por razón de las operaciones llevadas a cabo entre la muerte y la partición. Y lo mismo ocurre, añade, en situaciones que el mismo califica de indivisiones post-comunitarias o postsocietarias.

En segundo lugar, tampoco es acertado presentar la *personificación* como el corolario de la *organización* que sirve de estructura a la sociedad, máxime cuando se pretende hacer ver que tal organización es inexistente en las situaciones de indivisión.

En estas situaciones tildadas de caóticas, consagraciones de voluntades individuales en las que el espíritu de grupo no aparece por ninguna parte, existe, por el contrario, un fondo común. Son traducciones literales de aspiraciones idénticas o, al menos, semejantes, por cuanto tienden a un fin común. Si; existe una comunidad de intereses, al igual que en la sociedad, y ello hace nacer un sujeto de derecho distinto de los cotitulares: la colectividad.

Decía BINDER que la noción de derecho subjetivo incluye la del sujeto de derecho. El derecho es una relación, y como tal el sujeto de un derecho será el «ser» comprometido, vinculado a la misma, en este caso la indivisión. En realidad ésta no es sino el aspecto objetivo de una situación cuyo lado subjetivo es la *colectividad* de interesados, a quien propiamente debe considerarse como sujeto de esa «relación». Pues bien: tanto esa colectividad como el cotitular *que actúa como gestor de los intereses comunes* son órganos de lo que tradicionalmente se ha tachado de «inorgánico».

El error, por tanto, de la doctrina tradicional ha sido creer que un derecho no puede tener más que un solo sujeto y subordinar el reconocimiento de derechos a una colectividad a su personificación.

En realidad ésta es algo que viene por añadidura y que debe desconectarse de aquel reconocimiento. La personificación de la sociedad, como fórmula antropomórfica, en cuya virtud la colectividad de asociados se convierte en un conjunto indivisible al que se confiere una capacidad jurídica distinta de la de sus miembros, produce paradójicamente una cierta despersonalización, un deterioro en la condición personal de los socios que se manifiesta no sólo en relación con las responsabilidades de la sociedad, sino también ante el patrimonio social. En efecto, los socios responden del pasivo social en proporción a su parte, pero indefinidamente, esto es, también con sus propios bienes.

El tan cacareado *intuitus personae* de las llamadas sociedades personalistas no juega más que en el momento de elección del administrador. Esto se desprende de su propia personalidad para adoptar la máscara que la sociedad le impone. El es la «persona» en el sentido etimológico de la palabra, es decir, el actor que desempeña el papel de la sociedad en la escena jurídica. El es la sociedad hecha hombre. El representa, como dice RIPERT, «la autoridad orgánica encargada de asegurar la realización del interés común».

Comunidad de intereses, autonomía patrimonial, organización, etc.; he ahí elementos que al ser considerados en su justa dimensión no hacen sino evidenciar que entre las figuras que se antojaban separadas por distancias irreductibles no hay más que un paso. Pero un paso en sentido material, y no en el que de coloquial tiene la palabra. La personalidad jurídica, según SUPERVIELLE, es susceptible de grados. Esto explicaría que entre las sociedades con personalidad jurídica plena y las simples indivisiones se reconociera la existencia de una zona más o menos amplia,

habitada por comunidades organizadas con personalidad jurídica restringida. Zona esta a la que convergerían figuras tradicionalmente encajilladas en los moldes excesivamente rígidos de dos polos antes reputados opuestos, pero cuya atracción es tal que justifica perfectamente la permeabilidad e intercomunicación de disposiciones aplicables (832, 882, 883, 889 del C. c.) a figuras que ahora y en lo futuro, de no ser así, tendrían una paternidad desconocida.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY

MARTÍNEZ ESCUDERO, L.: *Playas y costas (su régimen jurídico-administrativo)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1970.

La Editorial Montecorvo saca a la luz en su «Colección de Estudios Jurídicos» una obra cuya título no puede estar más de actualidad. A la atracción social y turística que supone todo nuestro litoral, principal instrumento de penetración y acercamiento a otros países (con todas sus ventajas e inconvenientes), se une la reciente legislación de 26 de abril de 1969 que regula toda la materia de titularidad, uso y disfrute de las playas y costas. En virtud de esta nueva ley se hacen casi imposibles las anécdotas que en materia de descripciones de fincas se han ido produciendo a lo largo de toda una historia documental y registral. Cuentan que allá por el litoral de Levante, al ser de propiedad particular ciertas playas y costas, se llegó a describir la finca diciendo que uno de sus linderos era África, *mar por medio*; igual sucedió con otra finca que lindaba con José López, aclarándose que hoy era *Mar Mediterráneo*.

LORENZO MARTÍNEZ ESCUDERO, autor de la presente monografía, es, conforme dice su prologuista, doctor en Derecho, y precisamente el trabajo que constituye la publicación es la tesis doctoral que se presentó ante un tribunal, y que obtuvo el calificativo de sobresaliente *cum laude*. No sé más del autor, pero sin duda es de esperar que vayan apareciendo sucesivos trabajos suyos en revistas, conferencias y publicaciones.

Los que hacemos guardia calificadora al lado del mar, en esa especie de telón que ofrecemos al extranjero, perdemos quietudes cada vez que la playa, la costa, la urbanización... o la extranjera aparece en nuestro horizonte jurídico. Por ello libros como éste no hacen más que facilitar enormemente nuestro trabajo en materia de playas y costas. , pues lo de las extranjeras, ya de tradición carpetovetónica, lo llevamos muy aprendido desde siglos ..

Prologa el libro el catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla, Manuel Francisco Clavero Arévalo, que hace un juicio crítico del momento y oportunidad de la publicación, pero que, además, encuadra la monografía, elogiándola, al decir que «un libro no sólo es bueno por el tema estudiado ni por la oportunidad de su publicación, sino que lo es, sobre todo, por la sistemática empleada, por el manejo de las categorías jurídicas, por el buen uso de la bibliografía y de la jurisprudencia y por las aportaciones realizadas». El resto del prólogo no es más que un esquema del contenido del libro, que hacemos por nuestra cuenta para aportar algo en esta recensión.

El libro consta de una introducción, donde se explica la razón de la publicación, y cinco capítulos, que abarcan y dividen toda la materia estudiada. El primer capítulo es prácticamente histórico, legislativo y de Derecho comparado. El segundo lleva consigo el tema de la titularidad y competencia de las playas. El tercero concreta el objeto de las zonas que pueden distinguirse. El cuarto es referido al problema del

uso y disfrute de las playas. El quinto y último—«no hay quinto malo», dicen los taurinos—recoge una serie de principios fundamentales y la importancia que el tema tiene con el Registro de la Propiedad. Abre la obra un índice sumarial de materias; existe un índice bibliográfico de obras citadas y tenidas en cuenta, y un Apéndice legislativo, con citas de leyes y sentencias, así como el texto íntegro de la Ley de Costas. Falta, a mi juicio, un índice de materias, que, siendo reducido, podría facilitar la busca del problema o de la norma aplicable al mismo.

Bajo este esquema vamos nosotros a exponer el contenido de la monografía, intentado fijarnos en lo que puede dar al lector la clave de la esencia tratada por el autor.

A) LAS PLAYAS, COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O NATURAL

La primera parte de la obra está destinada a un estudio histórico de la legislación, para precisar el carácter público de las playas. Dentro de los antecedentes históricos, señala, en el Derecho Romano, la calificación de *res communes*, y, por ello, *res extra commercium* de las riberas del mar. Se trata de cosas comunes, más que públicas. En el Código de Las Partidas, y al igual que en el Derecho Romano, las riberas del mar no son bienes *públicos*, sino *comunes*.

Pasando al Derecho positivo español, va examinando los diferentes ordenamientos legislativos que se ocupan de la materia: la Ley de Aguas, la Ley de Puertos, el Código civil y la Ley de Costas. En la Ley de Aguas primitiva de 1866 se contiene toda la serie de principios que luego han informado en legislaciones posteriores, considerando que debe hablarse de playas o riberas de mar, y no de orilla de mar ni de zona marítimo-terrestre. En la Ley de Aguas de 1879 sólo se trata de las aguas terrestres, riberas de ríos y de lagos. En la Ley de Puertos de 1880 ya se comienza a hablar de zona marítimo-terrestre y de mar litoral; y en la Ley de Puertos de 1928 se copia la ley anterior de 1880, planteándose el problema de su vigencia y aplicación. En el Código civil se regulan, en los artículos 338 y siguientes, los bienes de dominio público o de propiedad privada, inspirando dicha clasificación en el criterio de la afectación o destino de los bienes. Las riberas y playas se incluyen entre los bienes de dominio público destinados al uso público. En la Ley de Costas del año 1969 se ostentan las siguientes novedades: la definición de playas como bienes de dominio público, la incorporación del lecho y del subsuelo del mar al dominio público, la servidumbre de paso en la zona marítimo-terrestre y predios colindantes con las playas, problemas de competencia, dejando, sin embargo, sin resolver los problemas de los enclaves de propiedad privada dentro de las playas y zonas marítimo-terrestres.

En materia del Derecho comparado examina las legislaciones de Francia, Alemania e Italia, para luego examinar el problema de si las playas son objeto del dominio público «natural». El concepto del «dominio público por naturaleza», puesto de moda en nuestro Derecho por G. FALLA, tiene antecedentes en la doctrina francesa, y cierra el capítulo que estamos examinando.

B) TITULARIDAD Y COMPETENCIA SOBRE LAS PLAYAS

El autor plantea el problema de si las playas pueden ser calificadas como propiedades colectivas o estatales. Cita a CLAVERO ARÉVALO, quien, a su vez, reproduce criterios de PROHUNON al afirmar que dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio

de la ley están destinadas al uso de todos, y cuya propiedad a nadie pertenece. Sigue con citas de BERTHELEMY, COVIAN, GASCÓN Y MARÍN, MARTÍNEZ USFROS, y normas legislativas, aunque reconoce que la tesis de que los bienes destinados al uso común, como las playas, no pertenezcan al Estado, sino a la colectividad, está actualmente superada.

En materia de competencias estatales sobre las playas expone la situación confusa que intenta aclarar la Ley de Costas actual. Es una postura ciertamente ibérica y ministerial el querer «mandar» sobre una cosa tan atractiva como son las costas. He oído contar a jueces de primera instancia e instrucción la terrible disputa por *un cadáver* entre ellos y la autoridad marítima. La diversidad de competencias no hace más que complicar los procesos administrativos que surjan en ciertas cuestiones.

El autor señala como órganos competentes, en mayor o menor medida, en la zona marítimo-terrestre, los siguientes: el Ministerio de Obras Públicas (a través de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas: artículo 10 de la Ley de Costas), el Ministerio de Marina (en las funciones que le atribuye el artículo 9.º de la Ley de Costas), el Ministerio del Ejército (todas sus funciones están basadas en razones de la defensa nacional), el Ministerio de Información y Turismo (en razón de las relaciones que la costa y el turismo tienen), el Ministerio de Comercio (a través de la Subsecretaría de la Marina Mercante y conforme al artículo 11 de la Ley de Costas) y el Ministerio de Agricultura (sobre adjudicación de concesiones en montes cercanos a la zona marítimo-terrestre, conforme a los artículos 10 y 13 de la Ley de Costas). Por lo que se refiere a la Administración periférica, pueden señalarse: los jefes de costas y puertos, Comandancias de Marina y gobernadores civiles. Por lo que se refiere a la competencia municipal, la nueva Ley de Costas precisa su actuación, terminando con una controversia que el autor expone con mucha claridad. En los artículos 10, 1.º, y 17 de la Ley se exponen claramente los campos de actuación de la administración municipal.

C) CUESTIONES RESPECTO DEL OBJETO

En este capítulo se aborda el problema de la concreción del objeto sobre el que se extiende la ley. Podemos decir que el objeto es el principal elemento que debemos tener en cuenta para toda operación jurídica de trascendencia real u obligacional. Hasta dónde abarca lo que podemos llamar *zona general* y la *zona de servidumbre*, así como las *zonas especiales* y posibles modificaciones de unas y otras, es el objeto principal del estudio del autor.

En lo que pudiéramos llamar *zona general de dominio público* se pronuncia la nueva Ley, precisando que no sólo se extiende a la zona marítimo-terrestre, sino a las playas (art. 1.º), siendo también de dominio público el mar territorial, el lecho y el subsuelo, los terrenos por accesiones, los puertos de interés general, los de interés local y los arsenales y astilleros de la Armada. Como bienes de carácter patrimonial del Estado se consideran las islas formadas o que se formen en el mar, en las rías o en las desembocaduras de los ríos y los terrenos sobrantes de la zona marítimo-terrestre.

Preciso, y por supuesto interesante, es el estudio de la materia referente a la servidumbre de salvamento y vigilancia litoral, así como a la de paso. En las *zonas especiales* es preciso señalar la militar de costas

(que supone una alteración normal del régimen general), la zona de maniobras y recaladas de aeropuertos, las zonas francas, la de vigilancia fiscal, la de bañistas y para embarcaciones deportivas o de recreo, las de interés turístico nacional y la de interés pesquero, cada una de ellas regulada por su disposición especial.

Termina el presente capítulo con tres cuestiones de suma trascendencia, ya que la primera se refiere al cambio de objeto como consecuencia de afectaciones naturales y desafectaciones naturales; la segunda supone trabajos naturales que artificialmente son ganados al mar, y la tercera, que no resuelve la Ley, es el problema de las propiedades particulares (o enclaves) de trozos de la zona marítimo-terrestre.

D) UTILIZACIÓN DE LAS PLAYAS

Tema interesante en relación con las playas es el uso que de las mismas puede hacerse. Debo anticipar que acude a mi mente aquella famosa comedia dramática, de ensayo, titulada *Proceso por la sombra de un burro...* Es cierto que el uso del terreno de la playa puede ser común, pero el de la sombra que proyecta una sombrilla, un parasol o un artefacto similar, ¿puede ser disfrutado por todos? El autor, como es lógico, no se plantea ese problema, aunque lo intuya, sino que se refiere en su exposición a tres clases de uso: el general, los usos especiales y los privativos. El primero está señalado o precisado en el artículo 3.º del apartado III de la Ley de Costas (autoriza a todos a transitar por ellas, bañarse, tender redes, pescar, varar, carenar, reparar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas, mariscos y cualquier otro uso análogo...). Estos usos son aplicables tanto al ibérico como al extraño o extraña. Es una pleitesía bien entendida y basada en nuestra hidalguía jurídica. Entre los usos especiales el autor comienza por señalar los requisitos que exigen y sus características, para luego concretar los supuestos que la Ley prevé (barracas o construcciones, servicios o construcciones de carácter temporal y otros usos) y que nosotros admitimos con las naturales reservas, pensando en el mal gusto, la poca higiene, la fealdad, la poca armonía con el paisaje y las arbitrariedades administrativas en las concesiones. Dentro de los usos privativos, el autor hace una afirmación genuinamente hispánica, basada, como es lógico, en la Ley: «Ningún particular tiene derecho al uso privativo del dominio público, sino que, por el contrario, el mismo tiene que estar amparado por un acto administrativo específico; este acto administrativo es la concesión.» Sugiero al autor un paseo «marítimo» por la ya famosa Costa del Sol. ¡Las leyes, cómo se alejan de la realidad!

El principio se desarrolla posteriormente a través de un estudio conienzudo en el que se afronta el problema de la concesión, los usos privativos y la cuestión de las playas privadas, en relación con la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico de 28 de diciembre de 1963.

E) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCOMERCIABILIDAD DE LAS PLAYAS

En este capítulo se exponen una serie de principios en relación con el objeto de la propiedad que estamos tratando. Se dice que se trata de una propiedad inalienable, como nota fundamental del dominio público; una propiedad inembargable, como secuela del principio anterior; una propiedad imprescriptible, como nota típica del dominio público (con sus posibilidades de desafectación natural o artificial); la imposibilidad

de servidumbres, la recuperación posesoria al amparo del artículo 8.º de la Ley del Patrimonio del Estado con sus problemas de aplicación de limitación del año y día, y, por último, la problemática del deslinde, con su disposición transitoria, que emplaza a la Administración para realizarlo en el plazo de cinco años.

El último punto que toca el autor es el del Registro de la Propiedad en relación con las playas. Sin perjuicio de la serie de contrastes y relaciones que esta legislación de playas y costas provoca con el Registro al relacionarse con terrenos colindantes, urbanizaciones, servidumbres, etc., el autor aborda el problema de la recuperación de la posesión de fincas inscritas a favor de particulares, la posible aplicación del artículo 46 de la Ley del Patrimonio del Estado con la necesidad de que el Registrador ponga en conocimiento del Ministerio de Hacienda la posible inmatriculación de finca colindante con alguna del Estado (suponiendo que las del Estado estén inscritas). Se refiere también a la necesidad de que en el Registro de la Propiedad existan planos oficiales del deslinde en la parte del litoral correspondiente.

Igualmente se refiere a la disposición adicional primera, en la cual se concede un plazo de cinco años para la práctica de deslindes administrativos, imponiendo al Registrador unas obligaciones de notificación al Ministerio de Obras Públicas, planteándose varios problemas en relación a las relaciones y certificaciones *literales* que hay que enviar y que ya expuse en otra ocasión, considerando suficientes las «en relación».

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

MENÉNDEZ, JOSÉ: *Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador*. Editora Nacional. Madrid, diciembre de 1970; 357 págs.

Nos hallamos en presencia de un libro escrito sin pretensiones comerciales. En 1968 Guinea Ecuatorial accedió a su independencia. Su Derecho, hasta esos momentos nacional, pasó a convertirse en un sistema de normas extranjeras. Por tanto, este mínimo conjunto de preceptos ha perdido interés para los lectores españoles, que, dicho sea de paso, nunca se preocuparon en documentarse respecto a aquella lejana geografía, siempre enjuiciada con una benevolencia folklórica. Por eso la obra—según confesión del autor—es un tributo romántico-jurídico a un ayer legislativo y una aportación constructiva, cara a los años que se inician, para completar varios matices de la técnica concesional.

En este comentario nos vamos a ceñir a una exégesis de las líneas estructurales del libro. El texto desmenuza una juridicidad esotérica para los lectores españoles, y por ello quizá lo más pulcro al revisar la obra consiste en airear las razones del autor, que ha enfrentado un tema arcano con el que no estamos familiarizados.

El Derecho inmobiliario de Guinea Ecuatorial es de formación híbrida. Las tres cuartas partes de su anatomía jurídica responden al biotipo hipotecario español. Sólo en una pequeña proporción presenta los rasgos somáticos del sistema australiano. En el Acta Torrens se inspiran, aparte algunas otras particularidades de menor monta, las normas referentes a las concesiones y a los certificados de inscripción. Pero estas especialidades son tan pródigas en implicaciones jurídicas de todo tipo, que su estudio puede destilar páginas y páginas de comentarios doctrinales.

En aquellos territorios la concesión es un acto administrativo que provoca un transferimiento de los bienes de propiedad privada del Estado en favor de los particulares.

Así, pues, el patrimonio inmobiliario del Fisco en Guinea puede ser adquirido por los particulares. Pero no siguiendo los módulos transmisivos del Derecho civil español, sino por el exclusivo procedimiento de la concesión. A este respecto hay que tener presentes dos artículos de la Ley que cierran el círculo de la construcción legal sobre la materia. En primer término, el artículo 16, según el cual: «Sólo la concesión otorgada conforme a esta Ley, será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los inmuebles no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado.» «Los inmuebles no inscritos» son los que en Guinea se conocen vulgarmente con la expresión «bosques del Estado», a los que se refiere el número 2 del artículo 4.º de la Ley cuando habla de «los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares».

Reafirma estas ideas el artículo 21 de la Ley, según el cual «la concesión de bienes recaerá siempre en los de propiedad privada del Estado no destinados a algún servicio público».

Por virtud de las oportunas concesiones, los bienes físicos pertenecientes a la Administración pasan a la titularidad jurídica de otras personas; es decir, tales cosas salen del patrimonio fiscal y acceden a los diferentes peculios particulares.

En la Ley está previsto el procedimiento, este trasvase de titularidades, este cambio subjetivo para una situación objetiva idéntica, y quien hace presencia de esta potencialidad legal es cada específico expediente de concesión, cada resolución favorable, que, al provocar un desplazamiento de riqueza, subjetivamente, provoca, de paso, la entrada por primera vez de cada especial finca en el Registro de la Propiedad.

La concesión, pues, está en el quicio de toda la propiedad privada de los guineanos. Todo nacional de aquel país sabe que por medio de este procedimiento puede acceder al dominio de superficies concretas del territorio. Pero la infraestructura legal no responde, en la complejidad de las normas aplicables, a estos simplistas esquemas adquisitivos que acabamos de exponer.

El problema de la aplicación de la Ley de Propiedad y demás disposiciones relativas a las concesiones guineanas se complica desde el momento en que la independencia de Guinea ha tenido que improvisar especialistas jurídicos entre funcionarios, muchos de los cuales carecen del título de licenciado en Derecho.

Teniendo en cuenta esta realidad profesional y burocrática de la República en los momentos actuales, el autor ha creído conveniente poner a disposición de los funcionarios autóctonos una guía doctrinal que les permita desentrañar el funcionamiento íntimo de los engranajes esotéricos de algunos cuerpos legales. Porque la esencia de las leyes no se acaba en la faz literal de su articulado. Subterráneamente late, bajo la epidermis gramatical, toda una biología crepitante de implicaciones, de relaciones sistemáticas de unas instituciones con otras, de atavismos históricos... que exigen un instrumental hermenéutico para poder descifrar el auténtico alcance de los preceptos.

Se trata, por tanto, de hacerles viables y aplicables unas herramientas jurídicas con las que no están muy familiarizados. Es el caso de la Ley de Propiedad, verdadero Código inmobiliario de Guinea, que, por su especial procedencia, equidistante del Derecho español y del sistema australiano, no ha sido estudiada por los licenciados pamues o bubis, y mucho menos por los juristas improvisados desde el año 1969.

El Derecho es como un organismo vivo. Ahonda sus raíces en el pasado y puede prolongar sus efectos en el porvenir. Ello, normalmente, partiendo del presupuesto de una continuidad política dentro de un determinado país. Pero a veces se produce el supuesto de una supervivencia excepcional, cuando el ímpetu legislativo horada el roquedal del trauma político de ese exabrupto de parto que toda independencia lleva consigo.

Este fenómeno de vitalidad legislativa se está produciendo actualmente en Guinea Ecuatorial. A lo largo de casi dos siglos se vino estructurando un Derecho positivo de plurales entonaciones, que cubrió la gama de posibilidades regulables con un entramado casi tan completo como el de cualquier país con tradición legislativa decantada. Y todo ese complejo jurídico sigue rigiendo todavía. Claro que en un próximo futuro no será posible seguir extendiendo fes de vida para todo el ordenamiento elaborado en una serie sucesiva de años. El Derecho administrativo, instrumento de una organización abrogada, irá sufriendo inevitablemente los embates impuestos por la nueva concepción del Estado guineano. También un futuro adverso le espera al Derecho civil tradicional, porque ni el matrimonio canónico, ni las adherencias económicas de la sociedad conyugal (dote, parafernalia, gananciales .), ni otros institutos jurídicos han sido asimilados por la sociedad nativa, siempre impermeable a estas vanguardias sociológicas europeas.

Por el contrario, Guinea seguirá siendo durante muchos años un país de formación territorialmente colonial, en el sentido de que el grueso de la superficie geográfica pertenece por ley al Estado, lo que plantea la necesidad de incrementar la rentabilidad transfiriendo fragmentos de suelo a los particulares. En Guinea es insoslayable la vía concesional como medio idóneo para facilitar el acceso de los súbditos al dominio territorial. Y lo seguirá siendo hasta conseguir que la tierra se bautice humanísticamente con los nombres de los Nguema, Oyono, Mbomio, Ndongos y demás titulares que adquieran, hombro con hombro y cerca contra cerca, porciones de su patria para hacerla fructificar con el abono de su esfuerzo. Y la falsilla para escribir, sin equivocaciones, los justos transferimientos de propiedades u otros derechos reales hay que buscarla en el articulado de la Ley de Propiedad, que contiene las recetas convenientes para promocionar la población hasta los peldaños progresistas de la titularidad inmobiliaria.

Lo más importante no es que la Ley de Propiedad tenga garantizado su porvenir normativo. Lo más interesante es que, de momento, vive y rige. Y esta vigencia actual es la que desentraña JOSÉ MENÉNDEZ, por menorizando la más sustanciosa problemática jurídica inmersa en el texto legal, que es como un verdadero Código inmobiliario de Guinea.

El injerto necesario de una Constitución autárquica en la juridicidad guineana ha transferido nuevos bríos a la Ley de Propiedad, fuertemente amenazada, como los otros textos positivos, por la avulsión política de la independencia del país. No hay mejor forma de conjurar el peligro. La primera Ley del país, que podía haber certificado la muerte de la de 4 de mayo de 1948, ha optado, contrariamente, por otorgarla el exequátur, como a tantas otras disposiciones de elaboración y promulgación hispanas.

El trabajo de MENÉNDEZ trata de encarar un fenómeno de pervivencia legislativa. Un supuesto de vigencia póstuma de leyes, que actualmente son extranjeras en Guinea

La explicación de ello está en la disposición transitoria segunda de la Constitución de la República de Guinea Ecuatorial. En ella se preceptúa literalmente: «La legislación en vigor en Guinea en el momento de la independencia, que no contradiga lo establecido expresamente en

esta Constitución, continuará vigente, mientras no sea derogada o modificada por las instituciones guineanas competentes.»

La invocación al mundo jurídico hispano es mucho más vasta de lo que a primera vista pudiera pensarse. Transitoriamente, al menos, se está dando entrada en Guinea a todo un océano de juridicidad.

Porque lo que sobrevive al cambio político-estatal no es una nómina, más o menos extensa, de disposiciones dictadas específicamente para el África ultramarina española durante casi dos siglos, sino que, por vía indirecta, pueden tener aplicación en aquel territorio ecuatorial cientos de disposiciones dictadas por el Estado español y para el territorio metropolitano. Ello es debido a que en muchas parcelas del Derecho no se legisló especialmente para Fernando Poo o para Río Muni, y tradicionalmente hubo que acudir al acervo legislativo español para resolver los vacíos existentes.

Así las cosas, «la legislación en vigor en Guinea en el momento de la independencia» era, en muy alta proporción, genuino Derecho español, por cuanto el artículo 10 de la Ley articulada sobre el régimen autónomo había previsto la forma de rellenar los espacios muertos: «Cuando no existan disposiciones legales específicas o de derecho consuetudinario, regirá, con carácter supletorio, la legislación general.» Como las lagunas siguen subsistiendo, durante algunos años será preciso acudir a esa atmósfera jurídica española, que permitirá oxigenar en derecho a las instituciones precisadas de aire para vivir. He ahí el porqué en el ensayo que comentamos se alude, con moderada frecuencia, no sólo a la legislación específica del África ecuatorial, sino también a conocidos textos jurídicos españoles, cuyas soluciones incluso podrán invocarse, en un futuro remoto, como principios de justicia en defecto de disposiciones concretas.

En la obra se aglutinan dispersos enjuiciamientos, cuya nota común consiste en ser aspectos jurídicos de una actividad particular posterior al otorgamiento concesional, de una actividad de la que se desprende una gran vitalidad negocial. El punto neurálgico de esta efervescencia *inter partes* lo constituyen las posibles colisiones prediales, las dobles inmatriculaciones, las invasiones territoriales. Aspectos todos que plantean una dogmática muy interesante.

* * *

Se conoce con el nombre de patrimonio fiscal al conjunto de objetos jurídicos que el Estado posee en régimen de propiedad privada, utilizándolos conforme a las reglas del derecho civil. Los bienes constitutivos de este especial patrimonio están vinculados a la Administración por el rendimiento que producen. Es decir, que el mismo está individualizado por su productividad económica. En nuestro Derecho peninsular visibiliza este enfoque crematístico del patrimonio fiscal el artículo 5.º del Reglamento de Bienes de las entidades locales de 27 de mayo de 1955, que conceptúa como bienes *patrimoniales* de propios los que pudieren constituir *fuentes de ingresos* de naturaleza jurídica privada para el erario local.

Esta masa de bienes se rige por las normas del Código civil referentes a la propiedad privada (ver arts. 340 y 344 de este cuerpo legal).

La adquisición de estos bienes tiene una vertencia híbrida: los actos jurídicos *ad hoc* son contratos de derecho privado; sin embargo, el procedimiento viabilizador de la negociación es jurídico-administrativo.

Esta dogmática jurídico-administrativa ha tiempo que está reconocida en Guinea. El artículo 1.º de la Ley de Propiedad divide el patrimonio de la Administración en bienes de dominio público y bienes de

propiedad privada, subdividiendo éstos, según estén afectos a un servicio público o se utilicen como *fuentes de ingresos*. Y es el artículo 4.º del mismo texto legal el que marca los concretos límites del patrimonio fiscal de la Administración en Guinea con referencia a los inmuebles: «Son bienes de la propiedad privada de la Administración, utilizados como *fuentes de ingresos*, los siguientes: 1.º, las minas, mientras no estén concedidas; 2.º, los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares o entidades en virtud de concesiones... y los que por cualquier causa hayan revertido legalmente en favor de la Administración, y 3.º, los bienes inmuebles de cualquier clase que no tengan dueño conocido o conste su pertenencia a la Administración..»

Este patrimonio fiscal puede ser adquirido por los particulares. Pero no siguiendo los módulos transmisivos del Derecho civil español, sino por el exclusivo procedimiento de la concesión. A este respecto hay que tener presentes dos artículos de la Ley que cierran el círculo de la construcción legal sobre la materia. En primer término, el artículo 16, según el cual «sólo la concesión, otorgada conforme a esta Ley, será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los inmuebles no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado». «Los inmuebles no inscritos» son los que en Guinea se conocen vulgarmente con la expresión «bosque del Estado», a los que se refiere el número 2 del artículo 4.º de la Ley, cuando habla de «los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares».

Reafirma estas ideas el artículo 21 de la Ley, según el cual «la concesión de bienes recaerá siempre en los de propiedad privada del Estado no destinados a algún servicio público».

Y aquí aparece la justificación del enunciado del libro. Por virtud de las oportunas concesiones, los bienes físicos pertenecientes a la Administración pasan a la titularidad jurídica de otras personas; es decir, tales cosas salen del patrimonio fiscal y acceden a los diferentes peculios particulares.

En la Ley está previsto el procedimiento, este trasvase de titularidades, este cambio subjetivo para una situación objetiva idéntica, y quien hace presencia de esta potencialidad legal es cada específico expediente de concesión, cada resolución favorable, que, al provocar un desplazamiento de riqueza, subjetivamente, provoca de paso la entrada, por primera vez, de cada especial finca en el Registro de la Propiedad.

* * *

A diferencia de la legislación inmobiliaria española, que facilita el ingreso registral de las fincas ofertando una variada nómina de procedimientos inmatriculadores, la Ley de la Propiedad de Guinea sólo consagra un medio de acceso tabular de los inmuebles, que es la concesión. Así lo expresa tajantemente el artículo 78 de este fundamental texto, en estos términos: «Sólo procederá la inmatriculación de fincas en los casos de concesión otorgada por autoridad competente.»

La concesión, aparte de este perfil registral, tiene también un importantísimo y fundamental aspecto sustantivo, que se visibiliza al transcribir el artículo 16 de la Ley: «Solamente la concesión será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los terrenos no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado.»

Esta básica ambivalencia de la concesión, verdadero soporte de la vida inmobiliaria y compuerta de acceso al mundo hipotecario de los libros, justifica que el autor realice desperdigados estudios sobre su anatomía jurídica. Ya en trabajos anteriores, publicados en la «Revista de Derecho Notarial» y en la «General de Legislación y Jurisprudencia»,

había tomado contacto con extensas parcelas del articulado legal, disertando sobre interesantes facetas del mundo concesional y sobre la proyección hipotecaria de los problemas planteados.

Pero el estudio no se limita al articulado de la Ley de Propiedad de 1948. Por la razón de la imprescindible trabazón jurídica de las instituciones. Las relaciones jurídicas en nuestros tiempos no completan su regulación en una sola rama del Derecho. Las concesiones guineanas, por propio deseo del legislador, tanto se apoyan en el Derecho administrativo como en el Derecho civil. Por ello, es necesario frecuentemente argumentar con normativas que no pueden extraerse de la escueta Ley de Propiedad. Hoy la remisión a otros textos legales está permitida por la ley constitucional.

La materia referente a la propiedad es una de las pocas que han estado reguladas en Guinea desde los tiempos más remotos. Sobre el dominio y su reflejo registral se promulgaron leyes, ya verdaderamente ancianas, en el último tercio del siglo pasado. En ellas se estructuró el llamado registro de concesiones y solares. En el año 1904 se sustituyó aquel embrionario instituto jurídico por el moderno Registro de la Propiedad. Y desde esta fecha se han venido promulgando numerosas disposiciones de tipo legal o reglamentario, que han ido matizando, cada vez más jurídicamente, el registro inmobiliario.

Pero lo que ocurrió en materia de propiedad no fue sintomático del clima legislativo de Guinea Ecuatorial. Porque en materia tan básica como es la referente a la legislación aplicable a los distintos supuestos se tropezaba con numerosas lagunas que dejaban la solución de múltiples problemas a la habilidosa pugna de los abogados en la Curia. En la misma Ley de Propiedad, específicamente dictada para Guinea, se parte de unos conceptos contruidos por el Código civil, que, por no haber sido publicado en el «Boletín Oficial» de las provincias tropicales, carecía de vigencia en las mismas. Por ello, los usualísimos conceptos de compra, venta, herencia, donación, usufructo..., y los perfiles de estas figuras jurídicas, venían establecidos por una aplicación generosa, oficiosa y, si se quiere, arbitraria del Código civil. En esta materia había argumentos para todos los gustos. Algunos opinaban, basándose en cierta vieja disposición, que preconizaba el empleo por los tribunales de justicia de la equidad, como medio de dulcificar el derecho consuetudinario, que había de regir el Código civil como norma de equidad o de principios generales del Derecho. De este parecer fueron, durante mucho tiempo, los jueces, registradores, notarios y abogados de Fernando Poo. Sin embargo, el argumento es bastante endeble y no resiste una crítica detenida. El mismo Código civil, en su artículo 6.º, opone la Ley a la costumbre del lugar y a los principios generales del Derecho. Por tanto, el Código civil, como auténtica ley, no podía ser confundido con un abstracto principio de equidad.

Las diversas constituciones del siglo pasado habían proclamado con reiteración la autonomía de régimen jurídico de que gozarían los territorios de ultramar. La última de las Constituciones monárquicas, en su artículo 89, determina que «las provincias de ultramar serán gobernadas por leyes especiales, quedando autorizado el Gobierno para aplicar a las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes, y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la península». De este texto resulta bien claro que las leyes promulgadas (por ejemplo, el Código civil) sólo podrían tener vigencia en Guinea si el Gobierno optaba para aplicarlas a dichos territorios. La vigencia y aplicabilidad del artículo constitucional a los territorios de Guinea fue reiteradísima por la legislación de finales del siglo pasado y de las pri-

meras décadas del actual. Muy significativo en este punto es el artículo 1.º de la Real Orden de 2 de junio de 1922.

Donde por primera vez se habla del Código civil es en la Orden de 23 de diciembre de 1944, por la que se aprueba el Reglamento de Concesiones. En su artículo 1.º preceptúa: «Como normas supletorias de las vigentes en los territorios españoles del golfo de Guinea regirán... los Códigos civil, de comercio y sus leyes complementarias...» A primera vista, pues, parecía resuelto el problema desde el año 1944. Sin embargo, seguía en el aire. Porque si la vigencia que se preceptuaba en dicho artículo 1.º era para las leyes complementarias de los Códigos civil y de comercio que estaban vigentes al promulgarse la Orden de 1944, que las dio entrada, ¿qué ocurría con las leyes modificativas y complementarias de ambos Códigos surgidas después de 1944, tan numerosas y tan importantes en el campo del derecho privado?

En Guinea, como auténticas especialidades en el régimen de la propiedad, sólo figuran la institución de las concesiones y la materia referente a los títulos-certificados, que si en su regulación actual son insuficientes, son, no obstante, susceptibles de una mejora y vitalización grandes en cuanto, en este aspecto, el sistema de Guinea se acercase sin fluctuaciones a los moldes australianos. No es lo mejor tener muchas particularidades, sino, por el contrario, que las que se tengan gocen de un vigor caracterizador. Dentro de todo hay que reconocer que la concesión de inmuebles, al estilo de las admitidas en Guinea, constituye un auténtico lujo jurídico, por la especialidad de su naturaleza, colgada en el centro de un puente cuyos pilares son, de un lado, la concesión administrativa, en el campo del derecho público, y, de otro, la transmisión de derechos reales, en el campo del derecho privado.

Para hacer honor a esta especialidad de Guinea, que cuenta con antepasados ilustres en nuestras Leyes de Indias, el Gobierno debiera incrementar el ritmo de las concesiones, pues existen grandes superficies, tanto de la Guinea continental como de la insular, que todavía continúan en la situación inexplorada de bosques del Estado.

Por otra parte, una nueva Ley Inmobiliaria, de la que debiera desbrozarse todo lo que no sea genuino, o, dicho en otras palabras, en la que debe sólo recogerse la materia referente a concesiones, a certificados de inscripción y a algún otro aspecto del sistema australiano cuya perfección aconseje su importación en Guinea, no quedaría reducida a un marco pímeo si la misma refundiese las numerosas disposiciones surgidas para regular las distintas especies de concesiones que hoy día pueden tener un carácter reglamentario y que en un futuro próximo podrían constituir el articulado refundido de un futuro Código inmobiliario de Guinea.

M. H. V.

THIBAUT Y SAVIGNY: *La codificación*. Introd. y selec. por Jacques Stern. Traducción del alemán de José Díaz García. Editorial Aguilar. Madrid, 1970; 276 págs.

El libro que la traducción del doctor JOSÉ DÍAZ GARCÍA ofrece a los lectores de habla hispana presenta un indudable interés tanto para el germanista, el historiador y el filósofo cuanto para todos los juristas que se cuestionen las motivaciones y fundamentos de aquello en que laboran a diario.

En puridad, más que ante un libro estamos ante lo que en lenguaje literario se llamaría antología y en términos jurídicos compilación; pero al que yo calificaría, y perdóneseme el juego de palabras, de compilación «de antología». Se contienen en él, como núcleo central, dos obras ya clásicas en la bibliografía jurídica, a las que se les ha antepuesto una introducción muy documentada y adicionando una exhaustiva selección de textos contemporáneos.

Como se habrá colegido de la escueta nota que encabeza estas líneas, las dos obras son las conocidísimas *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, de ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, y *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. La nombradía de sus autores ya basta para atraer nuestra atención si no fuera porque ofrecen ambas, además, otro motivo de excepcional interés: el de encerrar la tan famosa polémica sobre la codificación que apasionara a principios de siglo a toda la intelectualidad germana.

Su agrupación en un volumen convenientemente anotado data de 1914, justamente un siglo después de la aparición de las dos polémicas obras en Heidelberg. El mérito le corresponde al laborioso jurista alemán, hoy fallecido, JACQUES STERN. Su traducción al español ha tenido que aguardar más de medio siglo, sin que por ello haya caducado ninguno de sus perennes valores. Es precisamente su versión, impecable, a nuestra bella lengua la que motiva y justifica esta recensión.

* * *

La obra comprende dos partes y una introducción.

En realidad, la lectura de esta última hace innecesario cuanto aquí se pueda decir, pues comprende un comentario de la controversia científica entre THIBAUT y SAVIGNY, destacando sus antecedentes y sus continuadores un exacto resumen de sus dos obras con sugerentes apuntes críticos, datos biográficos de los autores y bibliografía sobre el tema, incluida mención de las traducciones extranjeras. Excusárame de añadir nada si pudiera condensar esas veintiocho páginas iniciales y ofrecerlas aquí en extracto.

La primera parte, la más extensa del libro, reproduce las dos obras en sus prístinas ediciones. En seguida volveré sobre ellas.

La segunda y última parte completa la anterior con seis apartados donde se recogen las adiciones de THIBAUT a su obra (I), la réplica que, mediante recensión, formuló a la de Savigny (II), los juicios de autores contemporáneos (SCHMID, PFEIFFER, SCHORADER, etc.) sobre la polémica (III), la especial opinión del insigne penalista ANSELM VON FEUERBACH (IV), las adiciones (dos anexos en la edición de 1823) de SAVIGNY a su obra (V) y las notas de JACQUES STERN a los textos (VI).

Esta parte ambienta la primera, presentándole el decorado de las decenas de opiniones vertidas en uno y otro sentido (mas a decir verdad en favor de THIBAUT, aunque quizá las más insignes se inclinan por SAVIGNY). Se patentiza, además, por la varia condición de los comentarios y por lo heterogéneo de los medios que emplearon (periódicos, revistas, anuarios), que la disputa no constituía un mero tecnicismo sobre fuentes, sino una apasionada y candente confrontación dialéctica, en la que se hallaban comprometidos todos los campos y todos los elementos intelectuales de los recién liberados estados alemanes.

El punto central del libro entiendo, sin embargo, que se encuentra

en las obras de THIBAUT y SAVIGNY, origen de toda la discusión posterior y exponentes los más egregios del estado de opinión que se arrastraba desde el siglo XVIII. A ellas voy a reducir mi comentario.

* * *

THIBAUT, profesor ordinario en Heidelberg, publicó su obra en junio de 1814 y no dejó de traslucirse en ella el crítico momento en que fue gestada. No hacía ni tres meses que las potencias aliadas habían entrado en París, restaurando el antiguo orden, y ni ocho desde que los Estados alemanes se vieran libres en Leipzig de lo que ellos llamaron el «yugo francés». La situación inclinaba a actitudes patrióticas y altisonantes. El propio THIBAUT confiesa haber redactado sus páginas en olor de cuartel y en plena euforia liberadora.

Por eso empieza su escrito subrayando—erróneamente creo yo—lo propicio de la coyuntura. El «Code», recién desterrado, dejaba un vacío que había que llenar con un Derecho general autóctono. THIBAUT, aunque profundamente germano, reconocía veladamente el valor político que aquel cuerpo significaba como limitación no tanto del despotismo ilustrado del rey, sino de su corrupta y arbitraria administración. Esta consideración política, hábilmente encubierta, aletea en los aledaños de su obra.

Mas en seguida margina ese aspecto y se dispone a demostrar la conveniencia de un Derecho general para todos los Estados alemanes que formaron antaño el I Reich, basándose exclusivamente en razones de orden práctico y técnico.

La exposición la ajusta al siguiente esquema: comienza con un acerbo análisis del estado en que se encontraba el Derecho privado vigente, las fuentes de que se nutría y las consecuencias procesales en que se traducía ese desbarajuste jurídico. Defiende a continuación las ventajas de diversa índole que supondría un Derecho común y estable y concluye anticipándose a las objeciones, bien o mal intencionadas, que se le dirigirán.

El análisis de la situación jurídica de su tiempo lo dirige sobre el derecho particular autóctono de cada estado, al que califica de fragmentario y caótico, sobre el Derecho canónico, reputado de oscuro e inadmisiblemente clerical, y, por último, sobre el Derecho romano, inmenso y deslumbrante, sí—dice—, pero inabarcable, mal conservado y peor conocido.

Ante ese panorama concluye la necesidad de propugnar un Código sencillo, popular, estable y, sobre todo, profundamente alemán que aglutine a los miembros entonces dispersos del viejo Imperio, aunque no sea más que en el aspecto del tráfico jurídico. Las ventajas que se derivarían se hacen patentes en tres órdenes: la ciencia del derecho, por fin asequible a sus estudiosos y peritos; su enseñanza, ya coherente y factible, y las relaciones sociales, estables y comunes en un extenso imperio.

Por último, en el capítulo de las posibles objeciones clasifica éstas en deshonestas (un Código general frenaría la libertad omnímoda de los príncipes y fomentaría subversiones sociales como las que acababa de vivir Francia) y en públicas o de buena fe: el Derecho general oprime tradiciones y costumbres, y su codificación sería larga y costosa. Respecto al primer reparo replica con que grandes zonas del Derecho civil son de aplicación no va general, sino universal, como la matemática pura, y con que en último término se podrían conservar las peculiaridades que respondan a una genuina manera de ser de comarcas y

regiones de acusada idiosincrasia. Al temor de que la redacción de un Código sea tarea ardua y costosa responde minimizando tales escrúpulos y apuntando medidas concretas para llevarla a cabo.

Tal es en grandes rasgos el contenido del opúsculo de THIBAUT, que confiesa escribió en catorce días y que no ocupa más de cuarenta páginas de las casi trescientas de todo el libro. Sobre el mérito de ser causa próxima de la trascendental réplica de SAVIGNY, creo que el trabajo de THIBAUT encierra un valor excepcional en sí mismo por ser, sin duda alguna, y como se ha dicho con frecuencia, «la más completa y coherente defensa de la codificación». Sería fácil, sin embargo, encontrar puntos de crítica (ampulosidad de estilo, por lo demás típicamente decimonónica; minusvaloración optimista de lo laborioso de la tarea codificadora, etcétera); pero sin reparar en menudencias me permitiré subrayar tan sólo su defecto capital, en mi opinión: la visión puramente supraestructural, cuasiacadémica del Derecho, que lleva al autor a propugnar su codificación con base en razones preponderantemente técnicas, a lo sumo de comodidad, desconociendo que el Derecho responde siempre a unas exigencias socioeconómicas previas, sin cuyo concurso es ocioso pretender su reforma.

Razón tenía SAVIGNY cuando reprochaba a su polemista esta equivocada concepción del Derecho y sus orígenes, por más que la de aquél tampoco sea completa. Qué duda cabe hoy que la defensa de un Derecho general para lo que al año siguiente, en Viena, vino a ser la Confederación germánica, constituía simples voces en el desierto, impracticables en unos Estados celosos de su soberanía y señaladamente aislados, cuando no enemistados, unos de otros. ¿Quién puede pensar hoy que el *bürgerliches Gesetzbuch* no requiriera previamente del *Zollverein* y el predominio absorbente de Prusia?

La obra de SAVIGNY es más extensa (ciento veinte páginas en la primera edición) y sin duda más trascendental, por cuanto es imprescindible para el conocimiento de la llamada Escuela Histórica del Derecho.

Porque el celebrado profesor berlinés no se limitó en su réplica a rebatir con mejor o peor fortuna los argumentos de su oponente y amigo (la polémica, al menos entre ellos dos, fue siempre cordial), sino que opuso a la de THIBAUT una concepción del Derecho completamente sugestiva y original. Con precedentes en Hugo y Mösser, la Escuela Histórica puede considerarse nacida en esta obra y consagrada en la producción posterior de SAVIGNY, sobre todo en su *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815). El interés de las páginas que paso a condensar en cuanto exponentes de uno de los movimientos jurídico-filosóficos de mayor trascendencia se revela por sí solo.

Tras anticipar en el primer capítulo (la obra se compone de doce) su deseo de polemizar pacíficamente, criticando, no obstante, el ilustrismo racionalista, entonces en retirada, y el positivismo ahistórico, esboza en el capítulo segundo su opinión sobre el nacimiento del Derecho positivo. El Derecho, desde que nos es dable perseguirlo históricamente —dice SAVIGNY—, se manifiesta como un fenómeno popular, como una emanación del pueblo similar a su lenguaje, cuyo acatamiento y utilización le resultaba tan natural como el empleo de éste. Ese *Volksgeist* o espíritu del pueblo (expresión que SAVIGNY no usa todavía, pero que era corriente en las plumas de la época), cristaliza en dicha primera etapa en símbolos y fórmulas rígidas. Lentamente el primitivo conjunto de prácticas jurídicas se va complicando y espiritualizando más y más, hasta que la conciencia o convicción popular que les dio origen se ve reemplazada en su función de perfeccionarlo, conocerlo y ampliarlo por un estamento especial de juristas que se crea por evidente necesidad

para este específico cometido. Mas ello no supone que el pueblo en su totalidad quede al margen ya del Derecho, pues sigue siendo su fuente principal (elemento político del Derecho, en terminología de SAVIGNY), si bien no participa en su reelaboración y comprensión (elemento técnico), actividades que se ha visto obligado a relegar a juristas especializados.

El Derecho—afirma a renglón seguido el ilustre romanista—no obedece a arbitrio alguno del legislador, sino a fuerzas internas del sistema que actúan calladamente, bien que no pueda despreciarse la influencia de la legislación en su devenir, lo que obliga a analizar su alcance y fundamento. Y las únicas razones por las que entiende SAVIGNY que se utilizan y deben seguir utilizándose las leyes son sólo tres: la persecución de fines políticos más elevados, la decisión de controversias y eliminación de dudas que pudieran suscitarse entre los exegetas dejando indecisa a la práctica, y la compilación de todo el Derecho vigente hasta un determinado momento con el fin de delimitar su ámbito de aplicación e imponer la mayor certidumbre en las relaciones jurídicas. Postergando la primera finalidad de este último empleo de la legislación—fijación de fronteras—, opina que la segunda—certeza jurídica—exige que la materia codificable sea conocida a fondo y expresada con la máxima perfección, o, en otras palabras, que se aprehendan los principios rectores del sistema o principios generales (mediante un proceso inductivo-deductivo) y que se cuente con un lenguaje elaborado y preciso.

Y estas exigencias, concluye, sólo se dan en las épocas y en los pueblos que han alcanzado un grado de madurez jurídica cuyo nivel se niega a reconocer en sus compatriotas.

En los capítulos IV y V pretende confirmar las opiniones hasta aquí sostenidas con su aplicación al Derecho romano y al germánico, materias en las que se enseña, pese a su juventud, tras profundas investigaciones históricas.

En el capítulo VI extrae SAVIGNY la conclusión de su silogismo tan bien asentado precedentemente: puesto que la codificación legislativa tal y como demuestra la historia requiere una gran madurez técnica y jurídica, y puesto que no alcanzan los juristas de los Estados alemanes de entonces el grado necesario para acometer felizmente la tarea, niega que su tiempo tenga «vocación para la legislación», capacidad para codificar.

A la sazón se habían publicado tres Códigos en Europa: el *Landrecht* prusiano, el Código civil austriaco y el *Code* de Napoleón, y SAVIGNY los aprovecha (cap. VI) para demostrar con severa crítica sus postulados. Sin duda sus juicios sobre estos venerables cuerpos legislativos adolecen de cierta exageración, tan sólo justificable «en términos de defensa».

Los capítulos restantes están dedicados a señalar el cometido que en realidad, sin utopías codificadoras, deben desempeñar los distintos Estados germánicos, y que, en síntesis, se reducen a laborar y elaborar el material existente (costumbres, ordenanzas y, en los casos de Prusia y Austria, sus Códigos), a fin de que los juristas venideros obtengan, merced a un método rigurosamente histórico, un conocimiento profundo de los principios del sistema. «Entonces—dice—se podrá también proveer para épocas futuras más débiles, y será el tiempo de deliberar si esto es mejor hacerlo mediante Códigos o de otra forma. Yo no digo que esta situación se dará jamás; esto depende del concurso de las más raras y felices circunstancias.» Como concluía el recensionista del *Leipziger Literatur Zeitung*, SAVIGNY, respecto a las dos vocaciones que en el título de su obra menciona, sólo niega a su época la primera—la vocación para legislar—, pero le otorga o, mejor, le insta encarecidamente a la segunda, la vocación para la ciencia del Derecho.

Destacar los méritos de esta obra de SAVIGNY a la vista de su contenido es, más que interminable, fútil. Estamos ante una pieza maestra, y nada se puede elogiar que no se haya elogiado ya.

De entre las críticas (las más feroces fueron las de su época, pero por ello carecen del equilibrio y la serenidad que proporciona el tiempo) cabe señalar, en cambio, las que le reprochan su simplista idea sobre la legislación y sus funciones, sus precipitados juicios sobre los Códigos coetáneos y su cientifismo paralizante. Entiende, sin embargo, que tales opiniones no minan en absoluto la validez de muchas conclusiones y teorías del insigne romanista. Tal, por ejemplo, el origen popular de un copioso caudal jurídico, que sólo así se comprende. Tal, igualmente, su método histórico, de enorme trascendencia en nuestra disciplina y en otras afines. Y, sin embargo, se echa en falta, a mi juicio, una idea capital que hubo de esperar varios años para iluminar el problema del Derecho, y marginalmente el de la codificación. Me refiero a la consideración del mismo como instrumento de clases y producto de su colisión y a su condicionamiento infraestructural. Tal y como me cuestionaba al comentar a THIBAUT, hubiera SAVIGNY escrito lo mismo de contar con tan enriquecedoras aportaciones posteriores. ¿Seguiría resaltando románticamente el origen popular del Derecho si se hubiera percatado de lo que se encubría bajo el *Volkgeist*? Pero eso es demasiado fácil achacarlo ahora.

J. M. REY PORTOLÉS

VALERO AGÚNDEZ, URBANO: *La fundación como forma de empresa*.

Prólogo de I. Girón Tena. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid, 1969; 500 págs.

Constituye el presente libro una importante aportación al estudio del Derecho de la empresa, en un aspecto totalmente nuevo y hasta ahora no tratado por la bibliografía española, planteando y resolviendo, ciertamente, un tema que ha de tener en el futuro un brillante desarrollo: el de *la fundación como nueva forma de empresa*. Pero en modo alguno debe engañarnos el que esta obra haya sido la tesis doctoral de su autor, porque no se trata de un trabajo de iniciación, sino de una obra plenamente madura, como dice el profesor GIRÓN TENA en su prólogo, y de modo tan expresivo, que no puedo por menos de transcribir sus palabras, cuando dice: «Abrase la obra por cualquiera de sus capítulos, léanse unas páginas de él, véase la información, el sentido crítico, la madurez, la profundidad de la meditación, etc., e inmediatamente resaltará que la obra no necesita de ninguna especie de recomendación», añadiendo más adelante: «Esta tesis, comenzada por los inicios modestos de todas las tesis, acaba siendo una monografía propia de un jurista maduro.» Nada más exacto que estas afirmaciones por parte de quien ha tenido la habilidad y el mérito de dirigir un trabajo cuyos resultados exceden de lo normal, aunque justo es reconocer que de la misma escuela han salido también otros trabajos prestigiosos, precisamente en torno al Derecho de la empresa, y que muchos de ellos ganaron ya su merecido prestigio al mismo nivel como tesis doctorales. Por eso queda claro que en este caso, por razón de la escuela y de las condiciones personales de su autor, el que la obra que vamos a comentar sea una tesis doctoral, constituye su mejor aval.

Hecha esta advertencia, voy a tratar de exponer la finalidad y el contenido de la presente monografía de la manera más ordenada posi-

ble. Su *objeto* es el estudio del *concepto, posibilidad y régimen jurídico* de la fundación como nueva forma de empresa. Tema que exige dominar una serie de materias, inorgánicamente dispuestas, de Derecho civil, Economía, Derecho administrativo y, por supuesto, de Derecho mercantil, y que el autor conjuga a la perfección, manejándolas adecuadamente no sólo en relación con el tema que desarrolla, sino también construyendo *una completa exposición sobre el Derecho de fundaciones*, que en lo sucesivo será imprescindible para el que quiera ocuparse de este tema, y que es justo que, como civilista, sea lo primero en destacar.

Sistemáticamente, la obra se encuentra dividida en dos grandes partes. En la *primera* estudia la posibilidad de la fundación como forma de empresa, lo que descompone, propiamente, en el desarrollo de dos argumentos fundamentales: la *fundación-empresa* como modalidad de fundación y como forma de empresa, dedicando a ello seis capítulos. En la *segunda parte* estudia el *régimen jurídico* de la fundación-empresa, lo que desarrolla en otros seis capítulos. A la primera parte le precede una *introducción*, en la que hace el planteamiento general del tema, y al final de la obra se articulan diecisiete conclusiones y la obligada relación bibliográfica.

La *introducción* no puede ser más sugestiva. Partiendo de la exposición de las diversas formas de empresa en los distintos sistemas y sectores económicos, nos dice cómo ha aparecido la fundación *como nueva forma de empresa*: Se trata de que junto a las tradicionales formas de empresa de los sectores público y privado aparece en la actualidad una forma nueva, la fundación, con la peculiaridad de que es propuesta como forma tanto del sector público como del privado para todos aquellos casos en que hay una transpersonalización del fin de la empresa. Con esto salta a la vista *la importancia del tema*, que ha merecido la atención de los juristas europeos, especialmente en Alemania, al que se le dedica el «44 Deutschen Juristentag», celebrado en Hannover en 1962, y de lo que se ha hecho eco la doctrina italiana, con esa especial sensibilidad para recoger todo lo que en el ámbito jurídico se produce al otro lado de los Alpes. Así, RESCIGNO, en un artículo informativo sobre *Fondazione e impresa*, en «*Rivista delle Società*», 1967, 812 y sigs. Pero el tema es fundamentalmente alemán, como se deduce de la aparición de la fundación-empresa y de su desarrollo ulterior, lo que sirve para que el autor demuestre su profundo conocimiento de la bibliografía alemana, ofreciéndonos no sólo una sólida construcción dogmática sobre la materia, sino también una información valiosísima.

Es muy interesante ver cómo aparece la fundación como forma de empresa. Las *empresas reales* del «antiguo régimen», que surgen en los inicios de la Administración de fomento, no tienen nada que ver con la empresa fundacional, pues sus *precedentes más remotos* aparecen en el siglo XIX, cuando empresas existentes bajo otra forma jurídica fueron puestas bajo la titularidad de fundaciones creadas con tal fin (así, la fundación danesa Calsberg y las alemanas Zeiss, Pfungst y Soldan). En esta etapa se utiliza la acomodación del esquema organizativo de la fundación del puro Derecho civil a las nuevas aplicaciones, aprovechando el alto grado de elasticidad que posee la ordenación por éste ofrecida al abandonar a la disposición libre del fundador la determinación de la organización fundacional. Pero cuando el tema adquiere mayor importancia es después de la última Guerra Mundial, cuando las potencias aliadas pretendieron desencadenar un proceso de «descartelización» de la industria pesada alemana, sometiéndolo a su control; en esta grave coyuntura es cuando A. WEBER (*Sozialisierung zugleich als Friedenssicherung*, Heidelberg, 1947) propone la socialización de estas empresas bajo forma de fundaciones, para evitar los peligros de su «pu-

blicización», y que con ello se pudiera detener el proceso de reconstrucción de la industria alemana. Es en este clima cuando aparece la primera dogmatización del tema, debido a la obra de STRICKRODT, editada primero para uso privado, en 1948, y orientada exclusivamente al problema de la socialización después, con un planteamiento más general, cuando el trabajo se hace público y se amplía (*Die Stiftung als Unternehmensform*, Braunschweig, 1951). Pues bien: una vez recogido el planteamiento de los hechos es cuando el autor se plantea la realidad del tema, es decir, se trata de ver si precisamente la estructura jurídica de la fundación de Derecho común, conservada intacta en sus rasgos esenciales, puede ser usada en determinados casos, que habrá que precisar posteriormente como un medio técnico-jurídico de organización económica. Y a esto es a lo que se dedica la monografía, especialmente en su primera parte, de lo que vamos a destacar aquí algunos de sus aspectos más importantes, aparte de señalar, someramente, el camino que recorre la exposición.

La *primera parte* se compone de seis capítulos. En el *capítulo primero* se estudian los *elementos del concepto de fundación*, partiendo de la afirmación de que la fundación, a diferencia de otras instituciones del Derecho privado, es por entero una creación del Derecho positivo, con lo que intencionadamente se quiere aludir a las posibilidades creadoras de la política jurídica y al sentido con el que hay que examinar los *elementos institucionales del concepto de fundación* (fin fundacional, patrimonio, formas de afección de ese patrimonio, personalidad jurídica, protectorado oficial de las fundaciones, etc.). En el *capítulo segundo* se trata de la *ordenación jurídica de la fundación*, haciéndose un profundo estudio del Derecho histórico y del Derecho comparado, con un análisis exhaustivo de la diversidad de fuentes legales del Derecho positivo español, estableciendo una crítica rigurosa de la insuficiencia regulativa del Código civil, lo que se puede resumir en estos dos aspectos: ausencia de una tipificación clara de la figura fundacional que sirviese de base a la elaboración de todo el régimen jurídico sobre la misma y de una regulación del negocio fundacional en todos sus aspectos, aunque haya algunas alusiones dispersas en los artículos 37 y 41 del Código civil. Lo único que parece claro es, supuesta la índole ideal de la persona jurídica fundacional, el poder reconocido a la voluntad del fundador, paralelamente limitado por la idea de fin (carácter heterónomo de la fundación).

En el *capítulo tercero* estudia las diversas manifestaciones de la fundación, sus clases o tipos, de acuerdo con los diversos criterios utilizables, destacando con arreglo a su estructura la distinción entre *fundaciones dotacionales* y *fundaciones funcionales*, lo que se halla íntimamente ligado al concepto de *fundación como forma de empresa*, a la que se define como una fundación que sobre la base de una titularidad jurídica inmediata sobre la empresa ejerce, por medio de ella y en virtud de una exigencia institucional derivada de la fuerza normativa de los estatutos, que contienen la voluntad del fundador, una actividad económica, bien como medio necesario para sus fines ideales trascendentes a ésta, bien para realizar en ella misma sus propios fines. Estableciendo seguidamente sus *características*, ocupándose al hacerlo de temas tan interesantes como de su responsabilidad patrimonial, de las consecuencias de su institucionalidad y de la finalidad lucrativa derivada de la actividad económica de la fundación-empresa. En el *capítulo cuarto* trata de la *posibilidad de la fundación-empresa*, que descompone en dos aspectos: el de la licitud de la utilización de la figura fundacional como forma de empresa y el de la aptitud de la figura fundacional, tal y como se presenta en el Derecho positivo, para ser utilizada en la nueva apli-

cación de que se trata (lo que propiamente es materia del capítulo siguiente). Se examina el problema en el Derecho comparado y en nuestro propio ordenamiento, tanto en relación con el Derecho de la fundación como respecto del Derecho de la empresa, cerrando el capítulo con el análisis de los *límites jurídicos* de esta posibilidad, centrándolo en torno a la idea del fin fundacional.

Estudiado el problema de la posibilidad de la fundación-empresa, analiza en el *capítulo quinto* la cuestión de la *aptitud de la fundación* para ser utilizada como forma de empresa, dedicándose a examinar minuciosamente toda la literatura contraria a su utilización en ese sentido y las dificultades reales que presenta; pero de ello no deduce que exista una inadecuación de la figura para tal fin, sino simplemente unas limitaciones de tal aptitud, que se materializan en la necesidad de una madurez económica para la competencia y de autonomía financiera. En el *capítulo sexto* estudia las *funciones peculiares* de la fundación-empresa, destacando las siguientes: financiación de fines de interés público con los rendimientos de la empresa (p. ej., la Fundación Zeiss dedicaba sus beneficios al fomento del estudio de las matemáticas y de las ciencias naturales en la Universidad de Jena), o realización de los mismos en el desarrollo de su actividad económica (elevación del nivel de vida, educacional, etc.), siendo utilizable también como instrumento de desaparición de núcleos de poder en la economía, para impedir que las empresas socializadas se burocraticen y se conviertan en instrumentos de poder para una intromisión estatal coactiva en la actividad económica, y, por último, como forma de organización de empresas públicas y de su privatización, ya que, por otra parte, muchos entes públicos económicos alcanzarían de este modo (ya que no son corporaciones, ni basta con que sean establecimientos) una estructura funcional que no pueden encontrar utilizando otros esquemas jurídicos.

La *segunda parte* de la monografía va dedicada, como ya hemos dicho, al estudio del *régimen jurídico* de la fundación-empresa. Es más descriptiva que la primera, aunque el autor se tiene que enfrentar con una serie de temas capitales, en los que vuelve a aparecer el nervio constructivo que domina toda la obra. Los *tres primeros capítulos* de esta segunda parte vienen dirigidos al estudio de la *constitución* de la fundación-empresa, destacando todo lo relativo al concepto y contenido del llamado *negocio fundacional*, a propósito de lo cual el autor establece una completa disciplina sobre la materia, con un análisis minucioso de nuestro Derecho positivo; también es muy interesante el tema de la *transmisión* de la empresa a la fundación (transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, situación de las deudas de la empresa, etc.), e igualmente el de la *publicidad* de la fundación-empresa, estableciendo toda una completa doctrina en cuanto a las posibilidades de reforma del régimen actualmente vigente en materia de Registro Mercantil.

En los *capítulos cuarto, quinto y sexto* de la segunda parte estudia, respectivamente, los *órganos* de la fundación-empresa, analizando las orientaciones de la doctrina; los ejemplos de la realidad, los proyectos de ley en Alemania sobre la materia y los estatutos-tipo, así como la posibilidad de su configuración estatutaria en el Derecho español, haciendo también una referencia a la fundación como forma de las empresas públicas; el *proteccionado estatal* sobre la fundación-empresa, y, por último, la *modificación, extinción y agregación* de la fundación-empresa.

Como se ve, un estudio completo del tema, efectuado siempre con un criterio realista y ponderado y escrito en un castellano fluido y claro, que hace todavía más fácil su lectura. De las *conclusiones* sólo voy a destacar tres aspectos que creo son los más interesantes y llamativos,

en relación con la justificación de la figura y en cuanto a la construcción dogmática de la misma.

En cuanto al primer aspecto, voy a referirme únicamente a la *aptitud para intervenir la fundación en el ámbito económico*, ya que anteriormente hemos aludido a su posibilidad, diciendo que, dada la índole institucional y no corporativa de la misma, se produce una independización de la empresa frente a titulares individuales y frente a los intereses de los mismos, como medio de lograr una transpersonalización e idealización de los fines perseguidos a través del ejercicio de la actividad económica, lo que no se halla en contradicción con que ésta haya de ser una actividad lucrativa que, en todo caso, se supedita a la promoción de fines ideales de interés común.

Por lo que se refiere a su construcción dogmática, hay que destacar la llamada *función específica* de la fundación-empresa, que consiste sustancialmente en orientar la actividad económica de la empresa fundacional a fines de interés común, trascendiendo los intereses de titulares particulares, que no existen respecto de aquélla, dado que la titularidad de la fundación, como persona jurídica de carácter institucional, excluye la presencia de éstos. Esta función económica recibe en la práctica concreciones particulares a las que ya hemos aludido anteriormente.

Por otra parte, desde el punto de vista del *Derecho positivo*, a falta de un régimen jurídico privativo de la fundación-empresa, se hace necesario tratar de configurarle por medio de las disposiciones estatutarias, en las que se vierta la voluntad del fundador, que sirva de norma a la fundación, a lo largo de su vida. Pero es preciso, con todo, caer en la cuenta de las limitaciones de esta solución, en cuanto que hay determinados aspectos del régimen jurídico de la fundación-empresa cuya determinación cae fuera del ámbito al que se extiende la facultad normativa del fundador. De todos modos, hay que tener en cuenta que en la práctica, y a través de la función atribuida al *protectorado estatal* sobre las fundaciones, se ha introducido en su régimen jurídico una flexibilidad que puede ser aprovechada en el sentido indicado, para hacer posible la empresa fundacional. No obstante, sigue siendo descable la elaboración de un *régimen legal, ad hoc*, que la regule.

En definitiva, el doctor VALERO AGÚNDEZ ha construido un trabajo interesante que, como otros muchos que se mueven en el ámbito del *Derecho nuevo*, exige un esfuerzo extraordinario para moldear jurídicamente las exigencias de la realidad, elevándose del plano de la consideración de las necesidades sociales al de la construcción dogmática, que es lo que constituye la tarea propia del jurista, en los inmensos dominios del Derecho económico, para no abandonar este campo a la improvisación y al casuismo. Por eso, con independencia de los resultados, que me parecen claramente positivos, lo importante es acreditar que la obra constituye, como aportación definitiva, un claro testimonio de la utilización de un método riguroso, en un ámbito del quehacer jurídico que se encuentra, al presente, necesitado especialmente del máximo rigor.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

REVISTAS

REVISTA DE
DERECHO FINANCIERO

Número 91, enero-febrero 1971.

Las Corporaciones locales y sus beneficios, por Jaime Basanta de la Peña, págs. 31 a 34.

Operaciones de cierre del presupuesto, por José María Guitián de Lucas, págs. 35 a 42.

El coeficiente de caja de los bancos comerciales y mixtos, por Enrique Abella Poblet, págs. 43 a 48.

La contabilidad para los profesionales en el régimen de estimación directa, por Ramón Drake, páginas 49 a 52.

Número 92, marzo-abril 1971

Asignación, distribución y teoría de la Hacienda pública, por Richard A. Musgrave, págs. 221 a 244.

Notas para la configuración jurídica tributaria de la importación, por J. L. Lampreave, págs. 245 a 328.

Pensamiento financiero de Martín de Garay, por Juan Hernández Andréu, págs. 329 a 341.

Empleos y límites de los mercados en las economías dirigidas, por Bela Csikos-Nacy, págs. 343 a 366.

REVISTA DE
DERECHO PRIVADO

Abril de 1971

Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española, por Jaime Santos, págs. 337 a 377.

La cuantía salarial, por Ignacio Albiol Montesinos, págs. 378 a 402.

Mayo de 1971

La donación con reserva de disponer en el Derecho venezolano, por Angel Cristóbal Montes, páginas 467 a 497.

Pluralidad de domicilios para notificación del protesto y competencia notarial territorial, por Manuel Andrino Hernández, páginas 497 a 502.

REVISTA DE
DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril 1971

Los planes de extensión turístico-residencial en el área metropolitana de Madrid, por Luis F. Arregui Lucea y Miguel Miró Gisbert, páginas 13 a 35.

Desahucio administrativo como medio para el logro de los planes urbanísticos, por Fulgencio Saura Mira, págs. 37 a 47.

Algunos aspectos relevantes de la Ley Urbanística italiana de 6 de agosto de 1967, por Doménico Ferraro, págs. 49 a 78.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Mayo-junio 1971

Mayo 1971

Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística, por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, págs. 13 a 33.

Garantías de autenticidad en los testamentos, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 673 a 685.

El suelo urbano, por Salvador Pascual Gimeno, págs. 35 a 55.

Junio 1971

La infracción de las normas de construcción y urbanismo, por Juan Antonio Bolea Foradada, páginas 57 a 76.

El abogado ante la separación de hecho, por Elías Izquierdo, páginas 781 a 842.

Los principios informativos de la extradición y el Convenio de La Haya sobre apoderamiento ilícito de aeronaves comerciales, por Javier Valle Riestra, págs. 843 a 864.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 73, octubre-diciembre 1970

El régimen especial agrario de la Seguridad Social, por César Gala, páginas 7 a 54.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 74, enero-marzo 1971

Número 319, abril 1971

Estructura espacial de las formas de tenencia de la tierra en España, por Eduardo Sevilla Guzmán y Antonio Gamiz López, páginas 7 a 75.

Un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva: el artículo 33, número 5 de la Ley de Caza, por Juan Gómez Calero, págs. 346 a 354.

La propiedad rústica de los ausentes y el problema de las tierras incultas en el minifundio lucense, por Emilio Planchuelo Arias, páginas 77 a 99.

Número 320, mayo 1971

La investigación y la enseñanza de la sociología rural en España, por Manuel García Ferrando, páginas 101 a 115.

Un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva: el artículo 33, número 5 de la Ley de Caza (continuación), por Juan Gómez Calero, págs. 442 a 451.