

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA: *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

Cuando en el «reparto» de libros y monografías para recensionar me entregaron éste que va a ser objeto de mis notas, me vino a la memoria un artículo publicado en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires (núm. 917, págs. 71 y sigs.) de la misma autora y bajo el título «Calificación registral de los documentos de origen judicial». Existe —*aparte* la extensión de la monografía y la visión genérica del problema— una variante frente al citado artículo, y es que aquí se estudia la calificación registral referida a documentos «*que tienen su origen en decisiones judiciales*». Ello, como advierte la autora, amplía el tema, pues no sólo se estudia la calificación de documentos judiciales, sino todos aquellos que plasman la ejecución o el cumplimiento de sentencias u otros actos del poder judicial. La distinción es importante y creo que en alguno de mis trabajos la utilizo, pues en los últimos casos —a mi entender— se agranda el poder calificadorio.

La calificación del documento judicial se aparta en nuestro derecho de la igualdad de trato que parecen tener los tres caminos documentales de acceso al Registro: documentos notariales, administrativos y judiciales. La igualdad se trueca en desigualdad, pues los dos últimos tienen un trato diferente, y eso que, en la práctica, la perfección sólo puede predicarse mayoritariamente del documento notarial. El documento administrativo y el judicial aparentemente perfecto es preciso examinarlo con mucha atención. Conozco un caso en el que el documento era impecable, salvo el número del Juzgado, que no existía en la localidad. Por todo ello me siento atraído por este trabajo de esta autora de procedencia argentina y que ostenta el título de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En este momento me resulta muy difícil *ponerla cara*, aunque en mis muchas visitas a Argentina tenía que conocerla; pero la conozca o no, la debo enviar mi reconocimiento por haber manejado los diversos trabajos que dedicó a la materia. Su trabajo monográfico se une al conjunto de ellos que hace muy poco publicaba el Colegio de Registradores y en el que colaboramos muchos autores bajo el genérico título de «Calificación registral».

La monografía viene estructurada en una serie de capítulos que suman diez, a los que preceden un índice sumarial, unas claves de abreviaturas y le siguen una reflexión final y una larga lista bibliográfica. Con el permiso de la autora —y apartándome de mi costumbre de seguir en forma peatonal la estructura *elegida*—, quiero hacer solamente tres apartados en esta recensión: la calificación del documento judicial, la calificación de documentos que tienen origen en decisiones judiciales y el sistema recursivo. Debe advertirse que se trata de un «estudio comparativo» entre el sistema argentino y el español.

A) CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Antes de entrar en el caso concreto de la calificación del documento judicial, la autora —con buen criterio— expone el concepto y esencia de la calificación, así como su naturaleza y caracteres. Como supongo que estas notas llegarán algún día a sus manos, debo apuntar que el Ministerio de Justicia —anterior al actual—, en el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, tuvo la gran «osadía» de considerar a la calificación registral y a las resoluciones de la Dirección General como «actos de jurisdicción voluntaria», aseverando que tanto las calificaciones de los Registradores de la Propiedad como los Mercantiles «no son actos administrativos». Y yo pregunto: ¿Si en los actos de jurisdicción voluntaria, en su mayoría, el Juez no entra en el «fondo» del asunto, cómo se pueden asimilar a los actos de calificación?

Después de examinar los elementos de la calificación, los límites y sus efectos, la autora pasa al tema cuyo epígrafe hemos destacado, en el que siguiendo las pautas marcadas por nuestro artículo 100 del Reglamento Hipotecario va desmenuzando las exigencias de la forma, la congruencia del mandato con el procedimiento, la competencia y los obstáculos que surjan del Registro. Todo ello con referencias al Derecho argentino y a conclusiones de Congresos, Jornadas y Reuniones. Especialmente se estudian los casos que ofrecen la calificación de la petición de anotaciones preventivas, singularmente las de demanda y los embargos, no sólo en la competencia de funcionarios para dictarlas, sino en los pormenores del procedimiento, y el problema de la firmeza de la resolución que decreta el embargo y la que ordena la anotación. Singularmente se enfoca el problema de su relación registral con el principio de tracto sucesivo.

B) DOCUMENTOS CON ORIGEN EN DECISIONES JUDICIALES

En el fondo, alguno de los casos que incluyo en este apartado —por ofrecer singularidades frente a la norma general— son documentos judiciales y no de cualquier otra clase, como el caso de las adjudicaciones de bienes en los casos de subasta pública en los que es suficiente el auto de aprobación del remate (testimonio del auto) que debe acompañarse del mandamiento que ordena las cancelaciones procedentes. Lo mismo puede predicarse de los casos de juicios concursales, como la suspensión de pagos y quiebras.

Otros supuestos —también estudiados en profundidad— son los que —en el ámbito argentino— se relacionan con el régimen de propiedad horizontal, así como los que pueden afectar al régimen de bienes en el matrimonio y la declaración de dominio en los expedientes para el ingreso de fincas en el Registro.

C) EL SISTEMA RECURSIVO

Las dos vertientes en las que se puede discutir la calificación o el resultado de la calificación son el recurso gubernativo y la licitación sobre la validez o nulidad ante la jurisdicción ordinaria del acto o contrato que pretende ser inscrito. La autora advierte —ante la carencia de una Dirección General de los Registros y del Notariado como la española— que la exposición se hace con

arreglo a nuestra legislación, sin perjuicio de hacer las oportunas referencias, ya que cada provincia argentina tiene su regulación propia en esta materia «*recursiva*».

La autora plantea de nuevo si los actos de calificación registral deben ser sometidos, en vez de a un recurso gubernativo, a la jurisdicción judicial de los Tribunales de Justicia en base al principio de unidad de jurisdicción y la expresión más o menos afortunada del artículo 106 de la Constitución española. Es una vieja y trasnochada cuestión. Si la jurisdicción judicial tiene un fenomenal atraso y se cuentan por miles los asuntos pendientes, ¿cómo les vamos a encarar que resuelvan los recursos contra las calificaciones registrales? Ese argumento de «sentido común» tiene otros apoyos en la misma Constitución española, ya que el artículo 9, en su relación con el 149, nos atribuye la función calificadora, cosa que no sucede cuando se trata —conforme al art. 105 de la misma Constitución— de los Registros administrativos o archivos. Podríamos llenar páginas y páginas, pero debe recordarse a la autora que en España subsisten Tribunales especiales que se apartan de la «unidad jurisdiccional». Recuerde, sin ir más lejos, el fabuloso Tribunal de las Aguas valenciano que, aparte del espectáculo entrañable, tiene raíces difícilísimas de arrancar.

En la presentación del libro sobre «calificación registral» se cometió la imprudencia en uno de los intervinientes de intentar defender esa tesis, y Díez-Picazo, que habló en representación de la editorial, contó la anécdota de que cuando se alteró la función calificadora en la Ley de Ultramar y se convirtió al Registrador en «funcionario» el sistema dejó de «funcionar». Las novedades «temerarias» terminan pasando la factura.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROVIRA JAÉN, FRANCISCO JAVIER: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, Cívitas, 1995.

Al estar preparando un comentario crítico a una «desafortunada» resolución de la Dirección General de los Registros —procedente de la etapa anterior a la que ahora se ha iniciado— tropecé con el trabajo de RAFAEL RIVAS ANDRÉS, Notario, quien al ocuparse de la figura de la cesión de solar a cambio de pisos futuros hacía resaltar lo arriesgado que supone determinar *a priori* qué parte contratante es la «débil» y más necesitada de asistencia y asesoramiento notarial (art. 147 del Registro Notarial). La verdad es que en el caso que examinaba el Notario había una cesión de solar a cambio de una obligación garantizada con condición resolutoria, lo cual no sucedía en la que me había tocado comentar (R. 16 mayo 1996), donde el desequilibrio de intereses a proteger era notorio y palpable.

A mi entender —y creo que esa es la idea orientadora del autor de este estudio monográfico— no es el juego de los intereses a proteger, sino la terrible confusión de ciertos artículos del Código Civil que hacen «casi inoperante» (frase que encaja perfectamente en el estudio que hace JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ sobre el «deterioro» del pacto resolutorio) el juego resolutorio de la condición. Maliciosamente, podría también pensarse en que si las dos garantías que el pago aplazado tiene en la legislación (resolución expresa e hipoteca) quedan reducidas a una —que es la hipoteca—, el campo del negocio bancario se amplía considerablemente.

Debe apresurarse el recensionista a aclarar que el autor atribuye el «deterioro» creciente de la condición resolutoria a la lectura equivocada de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil de espaldas a la tradición histórica, que ha provocado que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General lleguen a «confundirlos». Una es extrajudicial y otra judicial. Por eso el estudio —sin perjuicio de admitir la relación entre ambos artículos, sin confundirlos— se dirige a investigar la razón histórica de la institución, su licitud y utilidad para incardinarla dentro de las innovaciones que presenta nuestra sociedad actual. Se trata de buscar la identidad española de la institución en relación con su antecedente francés, rechazando el error de haber acudido a la doctrina italiana que carece de preceptos semejantes a los artículos 1.504 del Código Civil y 1.656 del Code.

La monografía se estructura en tres partes bien definidas: la histórica en su evolución influyente en la institución; el tema del principio de la autonomía de la voluntad para configurar el pacto de *lex commissoria* como una solución de autotutela privada para conseguir la mejor seguridad jurídica, y la tercera, destinada a la aplicación práctica de las doctrinas y construcciones jurídicas apuntadas. Para desarrollar todo ello el autor señala los elementos metodológicos empleados: la remisión a la metafísica, el reconocimiento del valor de la dignidad y la autonomía de la voluntad, así como la acentuación histórica en los ideales jurídicos o programas de derecho puestos en armonía con cada una de las realidades sociales concretadas. Todo ello bajo el lema orteguiano: «El hombre no tiene naturaleza, sino que tiene historia».

Esta monografía debería servir para aclarar puntos y deslindar situaciones, pero me temo que el «miedo» a la institución que han tenido la jurisprudencia del Supremo y la doctrina de la Dirección sigan dejando «impracticable» la misma. Malo fue la inicial discusión entre «expresa y explícita», pero peor, mucho peor, fue lo que vino después.

A) PRIMERA PARTE

El autor va espaciando su exposición destinando un primer apeadero al Derecho romano, otro al Derecho altomedieval español, otro a la recepción del Derecho común y tres más a la práctica notarial hasta el siglo XVIII, Derecho francés y a la etapa codificadora española.

Se parte de la idea de que en el Derecho romano clásico sólo se podía exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, pero no la resolución, salvo en los casos de los contratos innominados y en la compraventa con pacto de *lex commissoria*. Se avanza el estudio en el Derecho romano postclásico y en el justiniano, para llegar a la construcción dogmática de la venta con *lex commissoria romana* y el texto del *Digesto*, Libro XVIII, Título III. En el Derecho altomedieval español se estudian el período visigótico y la reconquista peninsular, estando constituidas las fuentes por el Derecho romano vulgar y el provincial, así como el Derecho consuetudinario hispánico y germánico (Códigos de Eurico, *Liber Iudiciorum*, Fuero Juzgo, Fuero Real y los matices de Castilla y León, Aragón, Navarra y Cataluña). En la etapa de la recepción del Derecho común se estudian las Leyes de Partidas y la Doctrina de los juristas.

Las tres últimas etapas de esta exposición histórica la constituyen la práctica notarial, la legislación francesa y la etapa de la codificación española. La práctica notarial, representada por las obras de MONTERROSO, PEDRO DE SIGUEN-

ZA y JOSÉ FEBRERO, instrumenta el pacto de la *lex commissoria*. Por lo que se refiere al Derecho francés, el autor señala cómo al disminuir la penalidad el pacto comisorio llega a generalizarse y a imponerse el principio de resolución legal por incumplimiento. Estos antecedentes dan paso al Código napoleónico y al examen del artículo 1.656, verdadero antecedente del artículo 1.504 del Código Civil. La tercera etapa la representa la evolución de la codificación española, que va a culminar suprimiendo el requisito de la «mora» por el de la simple notificación judicial o acta notarial del Anteproyecto de 1882.

B) SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte de la obra se estudia la resolución de la venta inmobiliaria en el vigente Derecho español. Para ello el autor utiliza dos capítulos: uno, destinado a señalar las diferencias de la condición resolutoria expresa y los de la legal implícita, estudiando diversos temas conexos; otro, dedicado a los efectos de la resolución de la venta.

Una vez deslindados los supuestos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, señala como presupuestos de este último: el ámbito de su aplicación, el requisito del incumplimiento y la constitución en mora. Las diferencias en sus efectos son diferentes: una es judicial y otra de pleno derecho, una supone una acción resolutoria y otra un poder resolutorio. Junto a ello va desmenuzando el problema de la autonomía de la voluntad, la dogmática de la condición, su ámbito en el tráfico jurídico, la cancelación de la condición y el ejercicio de la resolución y la constitución en mora.

El capítulo segundo desenvuelve los efectos de la resolución de la venta con el examen de los problemas de la liberación y restitución, eficacia retroactiva, retransmisión de la finca, restitución del precio, de frutos e intereses, deterioros y mejoras (entre ellas la edificación) y las relaciones que el pacto de la *lex commissoria* puede tener con la Ley de Defensa de los Consumidores, y especialmente el problema del ejercicio unilateral del poder resolutorio, la trascendencia de las cláusulas penales y las mejoras. Para el autor, teniendo en cuenta que la Ley de Protección al Consumidor estima al comprador como la parte débil del contrato, no es obstáculo para la aplicación del artículo 1.504 del Código Civil, pues el vencimiento del plazo no produce *ipso iure* la resolución, sino que es preciso que el vendedor —mediante el requerimiento— constituya en mora al comprador.

C) TERCERA PARTE

Está destinada a la aplicación práctica del pacto resolutorio formulando un conjunto de cláusulas, con su estudio correspondiente de los principales problemas, como pueden ser el procedimiento unilateral de resolución, el bilateral, las vicisitudes surgidas en el tráfico jurídico por la posposición, la cesión del crédito y la transmisión de la finca, el ejercicio del poder resolutorio y la cancelación de la condición resolutoria.

La obra lleva un índice sumarial y una bibliografía histórica, actual y la procedente del Derecho francés.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROMÁN GARCÍA, A.: *La tipicidad de los derechos reales*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1994.

El comentario de este estudio monográfico lleva un cierto retraso, por el que pido disculpas. El retraso no hace perder actualidad al tema que contiene, pues ya entre paréntesis y en forma aclaratoria del título se nos habla de la autonomía de la voluntad en la creación de los derechos o relaciones jurídico-reales y de los dos grandes sistemas que la doctrina y las legislaciones adoptan a este respecto: *numerus apertus* y *numerus clausus*. Sigue siendo un tema que constituye la base del principio de legalidad y la facultad calificadora atribuida por la norma al Registrador. La labor es de disección para abrir solamente la puerta del Registro a lo que tenga trascendencia real. En términos que ahora se cuelan en el lenguaje de las llamadas «plataformas digitales», podríamos decir que al *descodificar* elegimos la materia que debe quedar sujeta a la publicidad registral. No sé qué pensarán de esta terminología aquellos «sabios varones muertos en olor de sabiduría» que supieron dar cima a las codificaciones que aún están vivas en las relaciones humanas.

Abandonado el método dogmático de inversión de la Escuela Histórica que facilitaba el diagnóstico por el juego de los caracteres, se sigue planteando el problema del poder autonómico de la voluntad para la creación de figuras que, siendo reales, no se sitúen en la «lista» de los admitidos legalmente. La monografía va a darnos unas pautas y, en su estudio concienzudo, va a ir recordando situaciones históricas, sistemas actuales y el problema vertido en nuestro Derecho. Vamos a ver si se puede superar la conocida postura de GONZÁLEZ PALOMINO en su famosa frase: «... y es que falta poder e imaginación para inventar nuevos derechos reales». Creo que al pueblo español le sobra imaginación; le limita la pereza y el poder que se le concede es más teórico que real.

Diez son los capítulos que el autor dedica a la materia, pero me voy a tomar la libertad de agrupar algunos para así facilitar al lector el contenido esencial de la obra. Una primera parte debe comprender —a mi juicio— lo que podrían llamarse premisas históricas del problema: Derecho romano, germánico, medieval, época de la codificación y limitaciones legales al principio de autonomía. La segunda parte se reserva para el Derecho comparado y la tercera al criterio jurisprudencial de la Dirección general y el sistema seguido por nuestro ordenamiento jurídico. La obra se completa con un índice sumarial, unas amplias notas bibliográficas, un prólogo, una introducción y unas conclusiones. A todo ello nos vamos a referir en la forma apuntada.

A) ANÁLISIS HISTÓRICO DEL PROBLEMA

Hemos apuntado que es preciso recorrer un conjunto de derechos históricos que nos van a servir de apoyo para la delimitación del problema. El autor se fija fundamentalmente en el Derecho romano, en el germánico y en el histórico español y la experiencia jurídica medieval.

Lo que caracteriza al Derecho romano es el sistema de tipicidad absoluta en la formación y calificación de los denominados «derechos reales», que sólo fueron aquellos que estaban protegidos *erga omnes* por las acciones reales: propiedad, y los *iure in re aliena*: las servidumbres prediales, las personales, usufructo uso habitación, *operae servorum*, superficie, enfiteusis, prenda e

hipoteca. Carecía el Derecho romano de solemnidades constitutivas en la adquisición de los derechos reales y la protección de los terceros adquirentes.

Como elementos esenciales de la transmisión en los derechos germánicos no está la *traditio* romana, sino la investidura o *apoderamiento* material, al cual seguirá la inscripción registral, y todo ello fundamentándose siempre en la legitimación que *confiere* la *Gewere*. Por esa vía se irán sentando los fundamentos de la posterior evolución de un modelo hipotecario de *numerus clausus* conectado con un sistema publicitario.

El juego de las influencias romana y germánica en nuestro Derecho histórico simultanea la utilización de ritos y solemnidades en la transmisión del dominio con una paulatina eliminación de los mismos, sobre todo en el momento de la recepción científica del Derecho romano justinianeo. Se recogen estas directrices, apuntándose la Constitución de Cádiz de 1812 como momento histórico que sienta las bases de una amplia transformación del contenido del derecho de propiedad privada y de su protección jurídica.

El autor considera que antes de precisar el sistema del *numerus apertus* o *numerus clausus* lo importante es plantearse el problema dogmático de los «límites» de la autonomía privada en relación a la libre creación, modificación y extinción de los derechos reales. No puede equipararse el principio de autonomía que rige ampliamente en el campo obligacional, sino que —como apunta DÍEZ PICAZO— existen otros factores de «control social», como es la determinación del objeto, la obligatoriedad de la forma del acto y la publicidad registral. Para el autor, más que de «tipicidad legal» de derechos reales se hace preciso hablar de «tipicidad causal». La legitimidad de la causa es la que nos permite abogar por la creación de nuevos derechos.

B) SISTEMA DE DERECHO COMPARADO

Examina el conjunto de países que nos ofrecen sistemas que aceptan el *numerus clausus*, otros que están situados en la zona intermedia y los que se aferran al imperio del sistema del *numerus apertus*. En líneas muy generales —sin penetrar en la exposición que el autor hace de cada país—, puede decirse que Alemania, Austria, Suiza, Portugal y Brasil parecen claramente adscritos al sistema del *numerus clausus*. En la zona intermedia sitúa a Italia y Francia, y en la del *numerus apertus* a Inglaterra.

C) LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL SISTEMA ESPAÑOL

En materia de criterios jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y del Notariado el autor sigue en su exposición una doble proyección: la primera es la de exponer una veintena de resoluciones que tienen contacto conceptual con la materia (van desde la de 27 de octubre de 1947 a la de 31 de octubre de 1988) y la de resumir en una serie de conclusiones el criterio que se extrae de la doctrina que emana de las mismas y cuyo último punto destaca la existencia de un *numerus apertus* que permite —apoyándose en la estructuración de los derechos reales y su conexión con la función económico-social que cada categoría de situación real cumple en el tráfico jurídico— la admisión de muchos supuestos, la posibilidad de *modificaciones* que puede sustituir el sistema de tipicidad legal por el de «tipicidad causal».

Respecto al sistema seguido por nuestro Derecho, el autor maneja con la soltura necesaria los textos que avalan un criterio de autonomía de la voluntad, sin que la misma sea «omnímoda», pues las limitaciones impuestas por la causa, el objeto, la forma y la publicidad restringen el principio. Examina una serie de casos y termina con el criterio mantenido por J. LUIS DE LOS MOZOS sobre la incidencia de las obligaciones reales en forma de «condición» que dan trascendencia real a determinadas situaciones. Diez conclusiones que resumen el contenido expuesto cierran el estudio monográfico.

Con la mayor parte del contenido de esta obra —guía importante para la calificación jurídica— estoy de acuerdo, lo que sucede es que el tema no es solamente civil (asépticamente civil), sino que sobre el mismo se ciernen unas concepciones urbanísticas y administrativas que atacan las mismas bases del dominio. Este conjunto de disposiciones —hechas con olvido o con peores intenciones— obliga a un nuevo replanteamiento de la cuestión para ver lo que puede dar de sí el principio de autonomía de la voluntad.

JOSE MARÍA CHICO Y ORTIZ

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil* Tomo 5.º «Propiedad y derechos reales». Segunda parte, Editorial Trivium, Madrid, 1997. Un tomo de 413 páginas.

En el comentario que hicimos hace poco de la primera parte de este estudio de los derechos reales y que apareció en agosto del año pasado ya resaltamos el afán que mostraba el profesor LASARTE de dar cima a la obra comenzada. En efecto, en tres años escasos ha dado a luz cinco tomos de sus *Principios de Derecho Civil* y ya anuncia que tiene en preparación los dos que le faltan, de familia y sucesiones, para coronar el intento.

De momento, aquí tenemos la culminación del tema que inició en el tomo anterior, es decir, lo que en la terminología al uso se conoce por derechos reales, tratando como complemento de la propiedad y los derechos de uso y disfrute, ya vistos, los derechos de garantía real, la posesión y la publicidad registral, que ahora se traen a colación.

El Profesor LASARTE, Catedrático de la UNED y Director de su Departamento de Derecho Civil, Vocal de la Comisión General de Codificación y Consejero de nuestra REVISTA, sigue en este tomo la misma tónica de los anteriores. Parece que quiere dar a su obra preferentemente una finalidad didáctica para proporcionar a sus alumnos un instrumento útil de trabajo, pero la verdad es que alcanza cimas más altas, consiguiendo un verdadero y completo tratado sobre la materia tanto en su aspecto doctrinal como en el práctico.

Se lee bien la prosa de este libro y los ejemplos prácticos y las citas de legislación y jurisprudencia ayudan bastante a centrar y solucionar las distintas cuestiones propuestas para la mejor comprensión de los alumnos, pero trayéndonos de paso las últimas novedades en el campo de que se trata.

El libro se divide en cuatro grandes partes, dedicada la primera a los derechos reales de garantía en general y en sus diversas figuras; la segunda estudia los derechos de adquisición preferente, cuya naturaleza real no es siempre reconocida; la tercera se dedica a la posesión, de la que discute su categoría de verdadero derecho, y en la cuarta aborda la publicidad inmobiliaria con una concepción de los principios hipotecarios no siempre acorde con las líneas clásicas y conocidas.

PARTE PRIMERA. Los DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Al abordar el estudio de su caracterización general, hace el autor de entrada unas oportunas observaciones sistemáticas sobre los puntos que caracterizan a estos derechos de realización de valor, diciendo que se comprenderán mejor estudiando antes por separado y extensamente cada una de sus figuras —prenda, hipoteca y anticresis— que componen el grupo; por ello hace la advertencia pedagógica de que es preferible estudiar antes los sucesivos capítulos para volver después a este capítulo general.

No obstante este reparo, aborda la sistemática básica del Código que regula estas figuras no como verdaderos derechos reales sino en el ámbito de los contratos, primando la obligación garantizada de la cual son siempre accesorios los derechos de garantía. Los preceptos del Código son bastante escuetos y se refieren tan sólo a la amplitud de las obligaciones garantizables, la indivisibilidad, la especialidad y la reipersecutoriedad y la necesidad de que se constituya la garantía por el dueño de la cosa, sea o no el deudor de la obligación principal. Estos artículos del Código, a pesar de ser escuetos, son ampliamente comentados en el libro.

Ya entrando en las distintas figuras, el autor analiza primero la prenda en sus escalones normales de la constitución y sus formas, el contenido normal y en los supuestos especiales, los derechos y obligaciones del acreedor y deudor pignoraticio y la extinción, todo ello, naturalmente, siguiendo la pauta del Código.

Para la hipoteca, de exposición mucho más amplia, el autor acude como es natural no sólo al Código, sino también a la Ley Hipotecaria; el propio Código se remite a ella por la razón clara de que ya se había promulgado bastantes años antes y contiene una regulación completa de esta garantía. Aquí el profesor LASARTE hace un estudio muy amplio de la hipoteca a lo largo de cinco capítulos del libro, dedicados, uno de ellos, al concepto, notas fundamentales, clasificación y constitución de la hipoteca; otro, a estudiar la obligación garantizada en sus diversas posibilidades y los intereses correspondientes; en otro capítulo se estudian bajo el rótulo del objeto de la garantía los bienes que son susceptibles de hipoteca, su extensión objetiva y la distribución de la responsabilidad hipotecaria; el siguiente capítulo desenvuelve, junto al contenido y efectos de la hipoteca, la venta de la finca hipotecada, la cesión del crédito y la nueva figura de la subrogación «forzosa» a instancias del deudor que regula la Ley 2/1994, de 30 de marzo, cuyo texto íntegro inserta para mejor información; en el último capítulo, dedicado a la hipoteca, se desarrollan los distintos procedimientos de ejecución, especialmente el más normal que es el del artículo 131.

Las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio en sus dos facetas de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, junto con la anticresis, llenan los dos últimos capítulos de esta parte, en los que se recogen la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Supremo exponiendo las Sentencias de 29 de marzo de 1993 sobre hipoteca mobiliaria y de 10 de mayo de 1990 sobre la compensación de frutos y gastos en la anticresis.

PARTE SEGUNDA. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Tienen la nota común de otorgar a su titular la facultad de adquirir, con preferencia a otros, la propiedad de una cosa determinada en el caso de que

su dueño haya decidido enajenarla. Si el tanteo, el retracto y la opción conceden una facultad adquisitiva preferente sobre una cosa, es evidente que queda constreñida a la correspondiente posibilidad dispositiva del propietario, y ello inclina a la doctrina, no sin discusión, a considerar estos derechos como reales.

El autor estudia su interdependencia respecto del tanteo como estadio previo para abordar el retracto, contemplando éste en sus figuras legales de comuneros, colindantes y coherederos, enfiteúticos y arrendaticios; junto a los legales está el retracto voluntario o convencional.

La figura de la opción, sobre todo la de compra, es cada vez más frecuente en la práctica y su inscripción en el Registro está regulada en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario como verdadero derecho real. Otra figura, aunque quede absorbida por el negocio principal complejo, es el de la opción que se incorpora al arrendamiento financiero y cuya regulación positiva es mínima en nuestro Derecho.

PARTE TERCERA. LA POSESIÓN

Los que fuimos alumnos del profesor HERNÁNDEZ GIL tuvimos ocasión de apreciar la gran valoración que daba a esta institución. En el libro se recogen con gran amplitud los distintos formulados sobre su naturaleza, desde la posesión como simple hecho, de un hecho con trascendencia jurídica, hasta su consideración como verdadero derecho y, además, incluso con naturaleza real. Siguiendo la clasificación del Código, el autor revisa todos los distintos supuestos, con la teoría general de los sujetos, objeto y efectos de la posesión y la adquisición y pérdida de la misma.

PARTE CUARTA. DERECHO HIPOTECARIO

Ya iba siendo hora de que en las Universidades se estudie el Derecho Hipotecario. Hasta ahora, la verdad es que se había enseñado bien poco a los estudiantes de Derecho en esta materia, en la que luego han de trabajar cuando sean Abogados. En este libro, afortunadamente, se dedica una de sus partes, con cinco extensos capítulos, a dar las nociones precisas para que los licenciados salgan de la Facultad al menos con las ideas necesarias para saber lo que es y cómo funciona el Registro de la Propiedad.

En el primer capítulo se da el concepto de Derecho Hipotecario o Registral Inmobiliario, así como el de Registro, explicando que el sistema español es el de folio real o por finca. Y ésta, como objeto de la publicidad inmobiliaria requiere el estudio del capítulo siguiente, empezando por su inmatriculación y modificaciones posteriores, así como los actos y derechos que pueden inscribirse. El tercer capítulo se dedica al procedimiento hipotecario, como conjunto de operaciones efectuadas por el Registrador a rogación de los interesados para llegar a la verificación del asiento. Por cierto que con ocasión de este «ruego» el autor hace un espontáneo y vivísimo elogio del Registrador que, por ser tan expresivo, no resistimos a la tentación de reproducirlo. Dice que el principio de rogación no merece ninguno de ambos sustantivos: «No es un principio hablando en sentido técnico y, desde luego, al Registrador no hay, afortunadamente para él y para quien presente el título, que rogarle

nada, ni que rezarle, ni cantarle letanías (esto significa rogación en castellano), sino sencillamente solicitarle o pedirle que cumpla con las funciones y con la misión que tiene encomendada y que, por cierto, presta gustosamente por convicción, vocación, formación y cuidando también de la percepción de honorarios (tan lícitos, por ciertos, como los de cualquiera, pues la condición de Registrador no se adquiere por herencia, ni por designación «digital» alguna, sino tras ganar una oposición en la que muchos de sus críticos no pasarían del primer ejercicio)». Así escribe el profesor LASARTE: gracias por tan afectuosas palabras.

El capítulo siguiente se dedica a exponer las presunciones de existencia y exactitud de los derechos inscritos, que es lo que se conoce con el nombre de principio de legitimación, aunque el autor no es muy propicio, según nos dice, a la construcción doctrinal de los «principios hipotecarios».

La fe pública registral, el principio rey de la protección al tercero hipotecario y que es uno de los que caracteriza a nuestro sistema, se estudia con gran atención en el capítulo siguiente. Aquí el profesor LASARTE, a pesar de lo antes dicho y porque le vence el subconsciente, habla de «principio» y expone los presupuestos y el alcance y ámbito de la fe pública.

Y termina con las anotaciones preventivas en sus diversas clases y las notas marginales como otros asientos que se practican en el Registro, junto con las menciones de otros derechos que a veces se pueden encontrar dentro de los asientos.

En fin, otro tomo más que sigue la misma línea de los anteriores, por lo que hemos de repetir las laudaciones ya dichas. Muy apreciable el empeño de coronar la obra de exponer los principios de nuestro Derecho Civil que ha emprendido el profesor LASARTE, al que animamos, por supuesto, para que la termine. Lo agradecerán no sólo los alumnos, sino los profesionales, por la abundancia y actualidad de los datos que nos aporta.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada, 1996. Un tomo de 840 páginas.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 era una buena norma. Así lo han afirmado todos los profesionales que tuvieron que estudiarla y trabajaron con ella a lo largo de casi treinta y cinco años. No sólo «era» buena, sino que sigue siéndolo ya que aún mantiene su vigencia en algunos de sus preceptos, pues la derogación, como es sabido, sólo ha sido parcial.

Y esta derogación parcial y la redacción de una nueva Ley, que bien pudiera calificarse de complementaria o supletoria, se ha originado tan solo por la necesidad de seguir la pauta de la Constitución. Se ha sustituido el sistema centralista por la diversificación de las autonomías regionales; ya no hay una sola Administración Pública, sino una multiplicidad; el Estado tiene su organización y las Comunidades Autónomas tienen cada una la suya. Había que encuadrar esta multiplicidad de ámbitos y se ha hecho con una nueva norma organizadora; no porque fuera deficiente la que había: era sólo inadecuada a los aires actuales.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley lo expresa así al decir que el artículo 149.1.18 de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que habrán de garantizar al administrado su tratamiento común ante ellas, pero sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, y reconoce paladinamente que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ha constituido una aportación relevante en la configuración de nuestro Derecho Administrativo, pues vino a modernizar las arcaicas maneras de la Administración española.

La nueva Ley de 1992 parte de la atribución de competencias contenida en la Constitución que otorga al Estado la referente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de dichas Administraciones Públicas en el citado artículo 149.1.18. Este precepto se relaciona con el artículo 137 que organiza al Estado en municipios, provincias y Comunidades Autónomas, por lo que estas entidades gozan en sus ámbitos respectivos de autonomía para la gestión de los intereses que les corresponden. De ahí que se haya previsto que el procedimiento administrativo común sea estatal, pero sin perjuicio de las especialidades derivadas de esa especial organización autonómica.

Se trata, pues, de una mezcla, de un quiero y no puedo, en esta porfiada pugna competencial que tan poco favorece a la seguridad jurídica y cuyo último dato es el fallo que ha desarbolado el Texto Refundido de la Ley del Suelo, donde se han declarado nulos más de dos tercios de sus artículos.

Era preciso que alguien se atreviese a presentar y comentar la nueva Ley, analizando a la vez lo que pueda quedar vigente de la antigua. Y ese alguien, afortunadamente, es un profesional experimentado que nos tiene demostrada su talla jurídica, el Magistrado que fue Presidente de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, quien cuenta con una larga lista de publicaciones y tiene sobrada autoridad para tratar del tema.

En la introducción del libro se nos dice que la nueva Ley no ha tenido mucha aceptación en los ambientes de las profesiones jurídicas. Quizá donde mejor se aprecien las tachas que le son señaladas sea en la disposición derogatoria al dejar algunos de los preceptos de las leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, de Procedimiento Administrativo de 1958 y de lo Contencioso-Administrativo de 1956, sustituyéndolos por otros y manteniendo algunos, por ejemplo, los del procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, lo que evidencia, de una parte, los méritos de la legislación precedente, y de otra, la obligada remisión a las nuevas normas, no siempre en sistemática interpretación integradora; en otros preceptos se da lugar a posibles confusiones, como al mantener el apartado e) del artículo 82 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo cuando hace desaparecer el recurso de reposición y no alude al nuevo ordinario de alzada. Críticas hay sobre la desaparición del recurso administrativo de reposición, que podría haberse mantenido con carácter potestativo; sobre el sitio de orden normativo donde figuran las resoluciones del procedimiento en su carácter de presuntas por silencio administrativo e introducida, tan amplia como difusa, regulación del sentido positivo que motivó la ampliación en seis meses del plazo de entrada en vigor de la Ley, previsto en la disposición adicional tercera.

La crítica del autor en su entradilla no es muy alentadora que digamos, no obstante lo cual hace a seguido un completísimo análisis detallado y profundo

de todos los artículos y disposiciones de la Ley, comentando su doctrina y con reseña de la jurisprudencia aplicable.

En cada apartado, y para que sirva de precedente y comparación, antepone el correspondiente precepto de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que sirve también de base para el comentario subsiguiente.

Comienza con el artículo 1.º de la nueva Ley, que señala el objeto a que se ciñe, cuidando no tocar las competencias autonómicas, por lo que se limita a regular las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas. El artículo sirve de base para un amplio estudio documentado introductorio del autor, perfilando estas competencias y limitaciones.

El resto del libro sigue el plan del articulado de la Ley en sus veinte capítulos, estudiando en el último las disposiciones adicionales y transitorias, la derogatoria parcial y la final sobre el desarrollo y entrada en vigor de la Ley.

Al final el autor ha incluido un extenso Apéndice que ocupa desde la página 713 a la 840, en el cual se contienen el texto de la Exposición de Motivos de esta Ley en cuanto puede servir de orientación a la hora de interpretarla y hasta otras trece disposiciones de carácter reglamentario que complementan la regulación legal.

Es un estudio completo de la Ley que se compara y relaciona con otras vigentes y las semiderogadas, especialmente la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que es su antecedente inmediato y podríamos decir que su sostén básico.

En esta intrincada selva de disposiciones entrecruzadas, el libro del Magistrado AGÜNDEZ puede servir de mucho; será una auténtica guía para los profesionales que hayan de trabajar en el campo jurídico administrativo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FELÍU REY, MANUEL IGNACIO: *Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995. Un tomo de 179 páginas.

El estudio de la admisibilidad o ilicitud del pacto comisorio en relación con la opción de garantía, como es sabido, se perfila como una labor difícil y, de hecho, tal dificultad es puesta de relieve por el profesor LASARTE, que prologa el libro que da origen a estas líneas, cuando subraya que no son pocas las dificultades con que se enfrenta el autor al intentar responder con exactitud las diversas cuestiones en él planteadas. El propio autor era consiente de ello y así lo reconoce expresamente en la introducción. En ella, una vez explicada cuál es la causa que le indujo a reflexionar sobre la materia, una exposición de GULLÓN, hace un breve resumen del contenido de cada uno de los capítulos.

Centrándonos en el contenido de ellos, debemos decir que el primer capítulo hace unas consideraciones en torno al derecho de opción. Trata de determinar, a falta de una regulación legal, por una parte, cuál es el contenido del contrato de opción. A la vista de que su función es transformar de manera

definitiva la propuesta contractual y que ello depende únicamente de la voluntad del optante, concluye que es preciso que tal contrato contenga los elementos esenciales del contrato proyectado, según establece el artículo 1.261, y que en él se fije un plazo para ejercitar la opción, esto último se precisa sólo en aquellos casos en que la opción está inscrita en el Registro de la Propiedad, y, finalmente, que no haya necesidad de un nuevo acuerdo posterior para fijar el precio, ya que en tal caso estaríamos ante una promesa de venta.

Por otra parte, se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de opción. La respuesta que a este interrogante se dé, nos dice, condiciona la solución de otro problema: qué remedios jurídicos dispone el optante frente a un acto dispositivo del concedente. Tras indicar las diversas posiciones que en este punto se han mantenido, se inclina por la tesis que contempla al derecho de opción como un derecho potestativo.

El capítulo segundo está dedicado al estudio del pacto comisorio. Del examen histórico realizado del pacto comisorio le parece posible extraer una consecuencia: que el criterio tradicional es la prohibición del pacto comisorio. Esta es también la solución que ha pasado al Código Civil. No obstante, lo primero que hace es reconocer el hecho evidente de la diferente redacción de las normas de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil; el siguiente paso es comprobar que tal diferencia, cuyo origen obedece a la premura de la Comisión a la hora de introducir el capítulo referente a la anticresis, es interpretativamente superable mediante la aplicación analógica, lo que conduce, como señala el autor, a admitir el carácter tajante e ineludible de la prohibición de pacto comisorio para la prenda, la anticresis y la hipoteca.

A continuación da un paso más y se pregunta por su fundamento, lo que ha provocado diversas posiciones doctrinales que no sólo cita, sino también ofrece argumentos con el fin de rechazar sólidamente las tesis contrarias, ya que opina que la tesis de CAPILLA es la más correcta. Tesis según la cual la finalidad obedece a la protección del interés general o social, si bien dicho fundamento es observado desde el principio de proporcionalidad.

Examinada la prohibición del pacto comisorio y su fundamento, el autor considera que un examen completo del pacto comisorio exige también un análisis de lo que podríamos llamar las excepciones a tal prohibición. Para ello no vacila a la hora de enfrentarse con profundidad a una fundamental cuestión, cual es la de saber si es posible admitir excepciones al carácter absoluto del pacto comisorio; dicho en otras palabras, se cuestiona la licitud del pacto marciano y del pacto comisorio *ex intervallo*.

En cuanto al pacto marciano, con buen criterio el autor opta por la respuesta afirmativa, siguiendo en este punto la opinión de nuestra doctrina tradicional, de la doctrina italiana y de la Corte d'Apello di Trento. Por tanto, dice que es admisible la validez del mismo siempre que el pacto nazca de la libre decisión de las partes contratantes y, además, no exista una notable desproporción entre la deuda y el valor del objeto del pacto comisorio.

Por lo que se refiere al pacto comisorio *ex intervallo*, comienza a hablar de su admisión desde antiguo, investiga la solución dada en los diversos Códigos europeos y como consecuencia de esta investigación propone una clasificación que estaría compuesta por los sistemas siguientes:

1. Sistema alemán: se trata de un ordenamiento en que tal pacto sólo resulta lícito si es celebrado después del vencimiento del crédito.
2. Sistema italiano, portugués y suizo: son ordenamientos en que resulta prohibido.

3. Sistema francés y español: aquí la redacción de las normas no es tan clara en orden al establecimiento de tal prohibición. No obstante, contemplando la redacción de las normas, sostiene que tal pacto es admisible, siendo indiferente si ha sido celebrado antes o después del vencimiento de la deuda siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones y libertad contractual en ambas partes. Sin embargo, no es admisible si se acredita la inmoralidad del pacto; al hablar de inmoral alude no sólo a la presión ejercitada sobre la persona del deudor, sino también al fraude de los intereses de los terceros acreedores.

En el capítulo tercero se aborda el posible carácter fiduciario de la opción en garantía. En lo que concierne al fiduciario, utiliza como base para su estudio tanto las aportaciones doctrinales que existen ya sobre la materia como la jurisprudencia. FELÍU señala que en la doctrina de los autores se ha discutido si el negocio fiduciario se trata de un supuesto de simulación o no, y así expone la postura de DE CASTRO y, frente a esta posición, la de LACRUZ; exposición que le basta para subrayar que las diferencias entre uno y otro planteamiento son en realidad más *aparentes* que reales, ya que se esconde en ambos la misma conclusión práctica.

Cabe, por último, hablar de la exposición de la jurisprudencia llevada a cabo por el autor. Aquí puede observarse no sólo el cambio de orientación del Tribunal Supremo a la hora de resolver el problema planteado: de contemplar como categoría autónoma e individual el negocio fiduciario, se pasó a reconocer la validez y licitud de tal negocio distinguiéndole del simulado, sino también los argumentos en que funda su posición actual.

Dentro de este capítulo ofrecen también un evidente interés los dos problemas que el autor plantea de forma rigurosa; por un lado, la discusión *numerus apertus-numerus clausus* en los derechos reales de garantía y el contenido de la llamada «titularidad fiduciaria», y, por otro, la aplicación de la prohibición del pacto comisorio a los negocios fiduciarios de garantía.

La solución que debe darse al último problema, como el autor dice, ha sido objetivo de discusión doctrinal; así, unos autores sostienen que la aplicación de la prohibición tiene lugar a través de las figuras de simulación y el fraude de Ley; en cambio, otros, sostenedores de la idea de la fiducia de garantía como un derecho real de garantía, propugnan la aplicación analógica del artículo 1.859 del Código Civil. ¿Cuáles son las razones de la poca aceptación de la solución que propugna la aplicación de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil a los negocios fiduciarios de garantía? FELÍU para responder a esta cuestión invoca las siguientes razones:

a) La escasa atención que nuestros autores prestan a la figura de la prohibición del pacto comisorio.

b) La existencia de determinados instrumentos jurídicos en nuestro ordenamiento, que permiten llegar a un resultado más satisfactorio que la aparente problemática de la aplicación analógica de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil para figuras distintas.

c) La propia concepción del negocio fiduciario, ya que nuestro Alto Tribunal aplica mayoritariamente la teoría del doble efecto.

Por último, en el capítulo cuarto, teniendo en cuenta las conclusiones mantenidas en los dos capítulos anteriores de este trabajo, se ha procedido a estudiar la jurisprudencia y la doctrina registral en materia de opción en

garantía. Tras apreciar la diversidad de criterios en la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, concluye que hay un doble control: uno a nivel de calificación registral, en el cual debe mantenerse la plena vigencia de la prohibición del pacto comisorio en aras del principio de legalidad y seguridad del tráfico inmobiliario, y otro aplicando el Derecho al caso concreto por los Tribunales, los cuales atendiendo a la concurrencia de los principios de buena fe y proporcionalidad pueden admitir el pacto marciano. Aunque, en su opinión, en ninguno puede excluirse la aplicación del pacto marciano.

En definitiva, estamos ante un estudio completo y detallado de la materia y que desde su publicación constituye un referente indispensable en el estudio del tema.

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO
Universidad Autónoma de Madrid