

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXX • Noviembre-Diciembre 2004 • Núm. 686

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis.

Comisión Ejecutiva:

Méndez González, Fernando Pedro.

Pardo Núñez, Celestino.

Amorós Guardiola, Manuel.

Consejeros:

Amorós Guardiola, Manuel.

Cabello de los Cobos y Mancha, Luis
María.

Curiel Lorente, Fernando.

Díaz Fraile, Juan María.

Domínguez Calatayud, Vicente.

Fernández Cabaleiro, Eugenio.

García García, José Manuel.

Gómez Gállico, Francisco Javier.

Iglesias Prada, Juan Luis.

Lasarte Álvarez, Carlos.

Laso Martínez, José Luis.

Méndez González, Fernando Pedro.

Menéndez Menéndez, Aurelio.

Morales Moreno, Antonio Manuel.

Muñoz Cariñanos, Fernando.

Nortes Triviño, José Antonio.

Pau Pedrón, Antonio.

Poveda Díaz, José.

Rams Albesa, Joaquín.

Rojo Fernández-Río, Ángel.

Ruano Borrella, Juan Pablo.

Sarmiento Ramos, Juan.

Vallet de Goytisolo, Juan.

Consejero-Secretario Director de la Revista:

Gómez Gállico, Francisco Javier.

Dirección: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La usucapión <i>contra tabulas</i> », por GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO	2655
«Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones», por MAR- TA PÉREZ ESCOLAR	2711
«Aspectos administrativos en la evolución del Registro General de Propiedad Intelectual como mecanismo de protección», por LEONOR RAMS RAMOS	2779

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«La Ley de Arrendamientos Rústicos de 26 de noviembre de 2003», por JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ	2825
---	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«Dictamen acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo en el caso de que el traspaso del importe del crédito asegurado a la cuenta bancaria cuyos saldos se ga- rantizan, configurado como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal poste- rior a la declaración de la situación concursal», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO y FERNANDO PEÑA LÓPEZ	2847
«Estado del Derecho y de la Justicia en España», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	2859
«Derecho de propiedad fiduciaria. A propósito del régimen de “agre- sión” y “protección” del fideicomiso en el Derecho argentino», por CARLOS MOLINA SANDOVAL	2869
«La anotación preventiva de embargo y la prelación de los créditos tributarios», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	2885

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2897

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Libertad de expresión y derecho al honor. Límites, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2907

1.2. Derecho de familia:

— Paternidad extramatrimonial declarada, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2910

1.3. Derechos reales:

— Servidumbres. Acción confesoria. Concepto y presupuestos, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2913
— Propiedad. Acción publiciana. Es una faceta de la acción reivindicatoria, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .. 2917

1.4. Sucesiones:

— *Actio communi dividundo*. No procede de una cosa que forma parte de una comunidad hereditaria, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 2921

1.5. Obligaciones y contratos:

— Compraventa de viviendas de protección oficial. Precio superior al legal, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2924
— Nulidad de escritura de compraventa. Su improcedencia, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2925
— Asunción de deuda. Consentimiento del acreedor, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2926
— Resolución de contrato de suministro. Reclamación del precio de carburantes suministrados, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2927
— Tercería de dominio. Alegación de nulidad del título como excepción o reconvención, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2928

	<i>Págs.</i>
— Resolución unilateral por clientela. Existencia de un pacto de exclusiva en la distribución comercial, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2929
1.6. Responsabilidad civil:	
— Responsabilidad por vicios constructivos. Obligación de reparación de los vicios ruinógenos de una construcción, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	2931
— Culpa extracontractual: fallecimiento de un menor durante la disputa de un partido de fútbol por caída de portería, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	2936
2. DERECHO MERCANTIL, coordinado por MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ.	
— Contrato de arrendamiento financiero (leasing). Calificación jurídica del contrato, por EVA MARÍA DOMÍNGUEZ PÉREZ	2945
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un plan parcial, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	2953
 ACTUALIDAD JURÍDICA	
Información legislativa y de actividades	2963
 INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA	
«Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición», de ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, por ANA GIMÉNEZ COSTA	3005
 REVISTA DE REVISTAS	 3011

ESTUDIOS

La usucapión *contra tabulas* (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. REGULACIÓN LEGAL.—III. EL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL: A) LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO: 1. *La posición del profesor Luna*. 2. *La interpretación de Menéndez Hernández*. 3. *Las concepciones bipolares de Azpiazu y Reza Ulloa*. 4. *La presumible posición de Porcioles*. 5. *La necesaria depuración o expurgo del artículo 1.949 del Código Civil*. 6. *La hipótesis fáctica y el contenido normativo del precepto*. B) LA POSIBLE VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA: A) EL ÁMBITO NORMATIVO DEL PRECEPTO. B) EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA BUENA FE CONTRA LOS PRONUNCIAMIENTOS TABULARES: 1. *En cuanto a las consideraciones generales*. 2. *En cuanto a la distinción que debe hacerse*. C) LOS REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO: 1. *El conocimiento de la situación posesoria*. 2. *Contenido del conocimiento posesorio, referencia temporal y prueba*. 3. *Oposición a la posesión contraria. Cómputo del plazo*. D) VALORACIÓN CRÍTICA.

I. PLANTEAMIENTO

Las relaciones entre prescripción y Registro son siempre tensas y polémicas. La posesión asegura el interés estático de las situaciones de hecho; el Registro, la seguridad dinámica del tráfico jurídico. La coexistencia de ambas instituciones supone una confrontación permanente entre la protección civil fundada en la publicidad posesoria y la tutela hipotecaria basada en la publicidad registral. Y bajo esa confrontación subyace, además, un problema ético: el enfrentamiento entre un titular tabular que accede al Registro cumpliendo todos los presupuestos de legalidad, y un usucapiente que aspira a adquirir el dominio a través de actos usurpatorios o que, en el mejor de los casos, dispone únicamente de un título de validez claudicante.

(*) Ponencia presentada en el IV Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, Costumbre y Prescripción. Universidad de Salamanca. Salamanca. 25-28 de mayo de 2004.

En los sistemas de inscripción declarativa, en que los derechos nacen al margen del Registro, el legislador, para superar el conflicto, suele establecer soluciones de compromiso que, por serlo, resultan generalmente insatisfactorias.

II. REGULACIÓN LEGAL

La usucapión *contra tabulas* aparece regulada en los artículos 1.949 del Código Civil y 36 de la Ley Hipotecaria.

Código Civil:

1.949. Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo.

Ley Hipotecaria:

36. Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada, o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicado, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

III. EL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL

Su tratamiento plantea un doble problema: el problema de su interpretación y el problema de su cuestionable vigencia.

A) LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

La labor interpretativa se ve dificultada, en este caso, por la imposibilidad de materializar en la práctica el supuesto fáctico que plantea, lo que, a su vez, influye en la determinación de quién sea el misterioso tercero al que se refiere su texto.

En el sistema registral español rigen los principios de prioridad y tracto sucesivo. El principio de prioridad impide que en el folio tabular de una finca figuren titularidades contradictorias de dominio (1). Según el principio de tracto sucesivo (2), para inscribir un título traslativo de propiedad es necesario que el título dominical conste previamente registrado a favor del transferente.

Pues bien, a tenor del artículo 1.949 del Código Civil, para que la prescripción ordinaria contra un título inscrito en el Registro pueda perjudicar a tercero, es necesaria la registración del justo título del usucapiente. Sin embargo, de acuerdo con aquellos principios, *esta previsión es imposible*. Si el usucapiente no trae causa del titular inscrito, nunca podrá intabular su título. Únicamente podrá hacerlo si es causahabiente del titular registral, pero, en este caso, el instituto de la prescripción sólo será útil si hubiera adquirido en virtud de un título de validez claudicante, hipótesis alejada del precepto legal, cuyos términos —«contra un título inscrito»— arguyen oposición entre el titular intabulado y el que posee contra su voluntad. De otro lado, si el usucapiente registra su título, nunca podrá existir tercero inscrito a quien perjudicar, porque a éste, que trae su derecho de persona distinta del prescribiente, le estará vedado, a consecuencia de aquella intabulación, el acceso al Registro (3).

(1) Cfr. artículo 17 LH.

(2) Cfr. artículo 20 LH.

(3) Cfr. VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, págs. 414 y 415. ALBALADEJO, «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993. Tomo XXV, vol. 1, pág. 296, nota 1. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil*, Editorial Bosch, Tomo IX, Barcelona, 2000, págs. 456 y 458 a 460.

1. *La posición del profesor Luna*

LUNA SERRANO (4) mantiene una concepción bipolar del precepto, el cual, a su juicio, enfrenta al usucapiente con un titular registral que tiene la condición de tercero hipotecario: adquirente de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparecía en su día con facultades para transmitir. El artículo 1.949, en su opinión, exige la inscripción del justo título del usucapiente, para que éste pueda *iniciar* (5) la prescripción ordinaria frente a un tercero registralmente protegido que tiene intabulado a su favor el dominio sobre el mismo inmueble.

«De este modo —nos dice— según la previsible significación del precepto en la intención del legislador, la prescripción adquisitiva ordinaria de un bien inmueble... contra el titular que lo tiene inscrito a su favor, sólo podría llegar a prevalecer si éste, que... ha tenido ocasión de impugnar... la inscripción practicada en el folio de la finca a favor del usucapiente, adopta una postura de permisión o pasividad, puesto que en este caso, como determina el precepto examinado, operaría la prescripción adquisitiva a partir del momento de la inscripción del título del usucapiente» (6). Por el contrario, de no reunir el titular inscrito la condición de tercero hipotecario, la usucapión del poseedor del inmueble podrá consumarse, de acuerdo con las normas generales, aunque éste no tenga registrado su título adquisitivo (7).

Para LUNA, por tanto, los términos del artículo 1.949 «contra un título inscrito» y «en perjuicio de tercero», se refunden —y de ahí la bipolaridad— en la expresión «contra un título inscrito cuyo titular ostente la condición de tercero». Dicho precepto, en suma, se refiere «a la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar... frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara» (8).

Esta interpretación no puede ser aceptada:

- a) De entrada, no resuelve los problemas de imposibilidad fáctica: un usucapiente que no traiga causa del titular inscrito nunca podrá, como vimos, registrar su justo título, porque a ello se oponen los principios de prioridad y tracto sucesivo. Tan sólo podrá hacerlo —decíamos—

(4) Cfr. «Artículo 1.949», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 2117-2120.

(5) Para LUNA, los posibles supuestos de prescripción *contra tabulas* pueden ser diferentes, en atención «al momento en que se practica la inscripción en contradicción con la cual se pretende... hacer prevalecer la usucapión, o anterior al... comienzo, según previene la regla comentada de la prescripción» (*ibidem*, pág. 2118).

(6) *Ibidem*, págs. 2117 y 2118.

(7) Cfr. *Ibidem*, pág. 2118.

(8) *Ibidem*, pág. 2119.

en el caso de que resulte causahabiente del titular intabulado, y en virtud de un título de validez claudicante que es el que eventualmente haría útil el instituto de la prescripción. Pero esta hipótesis, a la que nos referiremos más tarde, no es precisamente la que contempla el precepto, que al iniciarse con la frase «contra un título inscrito», presupone contradicción entre el titular registrado y el que posee contra su voluntad (9).

- b) No debe exagerarse el alcance del principio de publicidad registral. No hay razón alguna para proteger especialmente al titular inscrito —sea o no tercero hipotecario— frente al *inicio* de una usucapión basada en una posesión ostensible, pública y continuada que, a lo largo de diez años, es fácilmente detectable y susceptible de interrupción.
- c) La interpretación que comentamos —como todas las concepciones *bipolares*— fuerza la construcción gramatical del texto: el artículo 1.949 contempla *tres personas distintas*: el usucapiente (B); el titular registral contra el que se prescribe (A) y el tercero que eventualmente puede resultar afectado (C). LUNA refunde arbitrariamente los sujetos A y C en un solo sujeto: el titular intabulado contra quien se prescribe, que, a la vez, tiene el carácter de tercero hipotecariamente protegido.

Sin embargo, la tesis del profesor LUNA SERRANO fue acogida plenamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992 (10). El supuesto fáctico es el siguiente: A vende a C la mitad indivisa de un predio en escritura pública autorizada el 4 de diciembre de 1968, inscrita en el Registro el 11 de agosto de 1969. En ejecución de sentencia en procedimiento ejecutivo, se otorga en favor de B escritura de venta de la finca, el 13 de septiembre de 1974. Dicho procedimiento tuvo como origen una hipoteca en garantía de un préstamo concedido a A por una entidad financiera, «préstamo que según parece se formalizó con fecha 29 de diciembre de 1969, resultando en los autos muy dudosa esta fecha, así como la de su inscripción en el Registro, 4 de enero de 1968» (*sic*). B aporta el predio a la Sociedad D en escritura de 30 de octubre de 1974, momento en que ésta inicia la posesión. Ni B ni D «lograron la inscripción registral a su favor de la cuestionada finca». El Tribunal *a quo* declara probado que en C concurren todos los requisitos que enumera el artículo 34 LH para que pueda ser reputado como tercero hipo-

(9) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 460.

(10) Suscrita, como Ponente, por el señor BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE y además por los señores FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, MARTÍNEZ CALCERRADA, GULLÓN BALLESTEROS y MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE.

tecario y, obviamente —aunque no se nos explique el porqué— lo considera no afectado por la eventual inscripción del gravamen hipotecario.

En el Fundamento segundo, frente a la acción declarativa de dominio promovida por D contra C, en base a la prescripción adquisitiva de la finca, la sentencia califica el supuesto fáctico y su tratamiento legal en los siguientes términos:

«Nos encontramos por tanto frente a una usucapión contra tábulas, ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca por aquél que se dice poseedor sin título inscrito, y datando su posesión de una fecha posterior a la inscripción registral del titular protegido. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos es terminante en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales. O dicho de otro modo, en contra del tercero, el artículo 1.949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tábulas, admitiéndola sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente, valiendo la posesión anterior sólo a efectos de la prescripción extraordinaria. Esta doctrina aparece clara y terminante en los textos legales, así como en la interpretación jurisprudencial, habiendo intentado oscurecerla la parte recurrente, al desvirtuar el concepto del “tercero” que el legislador ha querido señalar para estos casos. Los artículos 462 y 1.949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada “en perjuicio de un tercero”, y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sea pensando en el concepto de “tercero hipotecario”, de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo “a lo dispuesto en la LH” (art. 462), y a los efectos a producir “contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad” (art. 1.949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 LH cuando textualmente se refiere “a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34”; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues cuando no concurre en él tal condición la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque éste no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales

contenidas en los artículos 447, 1.930, 1.940 y 1.957 del Código Civil; carácter normal o común del prescribiente que sanciona el artículo 36.3 LH en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado.

En el caso que nos ocupa, los demandados gozan, según la declaración terminante contenida en la sentencia recurrida, de la condición de terceros hipotecarios, y la inscripción registral de su finca tuvo lugar el día 11 de agosto de 1969; el demandante afirma que empezó a poseer el inmueble el día 30 de octubre de 1974, sin que hasta la fecha haya inscrito su título posesorio; así pues, la prescripción alegada necesariamente tiene que estar comprendida negativamente en el artículo 1.949 del Código Civil, sin que pueda perjudicar a los terceros inscritos, ya que aún no se han dado las condiciones precisas para empezar a correr el tiempo de la prescripción, y no cabe hablar de la posible aplicación de las reglas contenidas en el artículo 36 LH, pues cuando la finca fue adquirida por el matrimonio demandado (4 de diciembre de 1968), la supuesta prescripción adquisitiva “ni estaba consumada, ni en vías de consumarse dentro del año siguiente”, ya que se inicia la posesión por parte de la entidad actora casi seis años después (30 de octubre de 1974); y, finalmente, el párrafo 3.º del citado artículo es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no les son por tanto de aplicación las reglas de la legislación civil».

A la sentencia debe oponerse una doble objeción:

- a) Cuando el usucapiente (D) trae causa de B, y no del titular inscrito (C), no puede exigírsele la registración de su título, porque se trataría de una exigencia imposible, por contraria a los principios de prioridad y tracto sucesivo.
- b) La Sala yerra en el razonamiento final: «El párrafo 3.º del citado artículo (se refiere al 36 de la LH: “En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble...”) es inoperante frente a los demandados, que, como hemos visto, tienen la consideración de terceros hipotecarios, y no le son por tanto de aplicación las reglas de la legislación civil». Se incurre así en un error respecto de la noción de tercero y del supuesto fáctico en que descansa el artículo 1.949 del Código Civil. Frente a la posible resolución o anulación del derecho del vendedor A, C es claramente un tercero protegido por el artículo 34 LH, pero frente a la prescripción *que se inicia y consuma* contra su titularidad dominical inscrita, C *no es tercero sino parte*. Así luce de forma

«clara y terminante en los textos legales»: párrafo final del artículo 35 de las Leyes Hipotecarias de 1861, 1869 y 1909; artículo 1.949 del Código Civil y párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1944-46. El que figure inscrito el dominio —escribe ROCA (11)— no es obstáculo para que otra persona distinta del titular registral pueda adquirirlo por vía de usucapión. Mientras la prescripción se está desarrollando, el usucapiente y el titular inscrito no son terceros entre sí, sino partes. «La prescripción *contra tabulas* se acepta sin limitación en las relaciones *inter-parte*». Quien deja prescribir voluntariamente su derecho, no puede aspirar a más, ni a nuevas defensas» (12).

2. La interpretación de Menéndez Hernández

Para este comentarista el «supuesto fáctico del artículo 1.949 del Código Civil es el siguiente: el tercero adquirente figura como titular registral pero no posee el predio en la realidad y sólo goza de la presunción posesoria establecida por la Ley Hipotecaria; frente a él, un poseedor real, detentador de un título verdadero y válido pero inscrito con posterioridad y, por tanto, afectado por el principio de prioridad, pretende ampararse en la prescripción para despojar al primer inscrito» (13).

MENÉNDEZ reconoce sin ambages que la situación de hecho que contempla el artículo 1.949 es imposible o inviable (14) «por la dificultad que provoca el principio de tracto sucesivo. Un dueño anterior transmitió al tercero hipotecario y si su contradictor ha de inscribir, forzosamente (por exigencias del tracto) ha de adquirir de dicho tercero, por lo cual podría conseguir la inscripción a su favor con la simple presentación de su título y sin tener que esperar a que se convalide por una prescripción innecesaria» (15). Además, el hecho de que la venta del que usucape tenga que ser otorgada por el tercero intabulado —dados los requerimientos del tracto sucesivo— «resulta ilógico por cuanto el precepto presupone una oposición entre el tercero inscrito y el que posee contra su voluntad» (16).

(11) Cfr. *Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, págs. 655-658.

(12) PORCIOLES COLOMER, «La prescripción y el Registro de la Propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945, pág. 189.

(13) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 455.

(14) Cfr. *Ibidem*, págs. 458, 459 y 460.

(15) *Ibidem*, pág. 456.

(16) *Ibidem*, pág. 460.

A juicio de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, el artículo 1.949 del Código Civil sólo puede tener aplicación en un supuesto: «el de doble venta apoyada, a su vez, en una doble inmatriculación» (17). A vende a B y posteriormente a C, y por adulteración de linderos o manipulaciones descriptivas, cada una de las ventas se intabula en folios diferentes. A «enajena dos veces y a favor de diferentes adquirentes. Pero, casi con taumaturgia jurídica, resulta que B y C son terceros entre sí, porque ambos son contratantes con A pero no son parte entre ellos (uno no adquiere del otro) sino oponentes procesales» (18).

Ahora bien —continúa— según jurisprudencia reiterada, en los supuestos de doble inmatriculación se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias. La resolución del problema hay que deferirla al Derecho Civil puro y, por tanto, al artículo 1.473 del Código Civil, el cual «declara, sin paliativos, que la propiedad *pertenecerá* por lo normal al que antes *la haya inscrito* en el Registro de la Propiedad». Después, la posible usucapión del comprador que inscribe en segundo lugar frente al primer intabulado, a quien dicho precepto atribuye el dominio, ha de resolverse igualmente acudiendo a los pronunciamientos civiles. «Al haberse neutralizado los efectos registrales de los asientos enemigos no pueden invocarse ni las presunciones del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, ni las reglas del artículo 36 del mismo cuerpo legal. Para resolver la cuestión planteada hay que acudir a la normativa del artículo 1.949 del Código Civil» (19).

Como dato curioso debemos destacar que el comentarista MENÉNDEZ HERNÁNDEZ —ahora en su condición de Ponente— aplica estrictamente el criterio interpretativo que dejamos expuesto en la sentencia de la Sala Primera de 19 de julio de 1999. En ella, además, se sienta una interesante doctrina: en los supuestos de doble inmatriculación, la neutralización de los efectos hipotecarios de los asientos contradictorios no debe confundirse con la anulación de los mismos. Los asientos contrapuestos, aunque vacíos desde el punto de vista jurídico-registral, continúan vivos a efectos civiles y, por tanto, esa neutralización hipotecaria no impide la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil que, en los supuestos de doble venta, atribuye la propiedad a quien primero inscriba.

El criterio interpretativo que venimos comentando no puede, sin embargo, admitirse:

- a) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ limita la aplicabilidad del artículo 1.949 al supuesto de doble venta seguido de *doble inmatriculación*. Pero es impensable que tal precepto haya sido diseñado para una hipótesis

(17) *Ibidem*, págs. 456 y 457.

(18) *Ibidem*, pág. 457.

(19) *Ibidem*, págs. 456 y 457.

que no sólo es excepcional sino que representa una desviación patológica en los sistemas registrales de folio real.

- b) Es obvio, que al seguir el Derecho Hipotecario español el modelo de folio real, el artículo 1.949 reclama que los asientos del usucapiente, del titular contra el que se prescribe y del eventual tercero *figuren en la misma hoja registral*. Los principios de publicidad y fe pública actúan en relación al folio tabular de la finca correspondiente. Es lógico —escribe ROCA— que el tercer adquirente sólo deba tener en cuenta el contenido del folio abierto a la finca sobre la cual opera, «pues en dicha hoja se concentra el historial jurídico de la finca en cuestión, a base de la cual efectúa su adquisición dicho tercero, de modo que lo que no conste en ella debe reputarse inexistente frente al mismo. De lo contrario debería obligarse al tercero a consultar todo el Registro, lo cual es inadmisibile» (20). El propio MENÉNDEZ admite que, «dado el sistema de folio real, aquel contra el que se prescribe y el prescribiente deberán estar inscritos en la hoja registral de la misma finca y por el principio de tracto, uno después de otro. Es difícil imaginar que se esté prescribiendo contra alguien que en alguna forma es causante próximo o remoto del que usucape. Y existiendo título transmisivo e inscripción a favor del usucapiente, su titularidad dominical sería inmediata sin necesidad de que la refuerce el paso del tiempo» (21). Además —reconoce— cuando la doble venta no está diseminada en una doble inmatriculación no puede tener aplicación el artículo 1.949, «porque inscrita una de las ventas se cerraría el registro a la otra que pretende consolidarse con una prescripción adquisitiva; porque lo impide también el principio de prioridad registral y porque la venta del que usucape tendría que ser otorgada por el tercero inscrito, según exige el principio de tracto sucesivo, lo que resulte ilógico por cuanto al precepto presupone una oposición entre el tercero inscrito y el que posee contra su voluntad» (22).

3. Las concepciones bipolares de Azpiazu y Reza Ulloa

a) AZPIAZU (23) parte también de una construcción bipolar y sostiene, apoyándose en el artículo 1.949 del Código Civil y con una orientación maxi-

(20) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 420.

(21) *Op. y loc. cit.*, pág. 458.

(22) *Op. y loc. cit.*, pág. 460.

(23) Cfr. «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», en *RCDI*, año 1946, págs. 731-736.

malista, *que no cabe la prescripción ordinaria contra el titular registral*. Su posición, expuesta de una forma un tanto inconexa, podría sistematizarse del modo siguiente.

La expresión «contra un título inscrito» arguye la idea de contradicción y excluye que el precepto se esté refiriendo a la usucapción convalidante. El artículo 1.949 contempla el supuesto de un usucapiente que no trae causa del titular inscrito, y entiende por tercero al tercero del artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, es decir, al «que no ha intervenido en el acto o contrato».

Las frases «contra un título inscrito», «en perjuicio de tercero» y, en suma, el artículo 1.949, se interpretan del modo siguiente: frente a un título intabulado cuyo titular es obviamente tercero en relación al prescribiente al no haber concurrido a la formación del justo título, no cabe la prescripción ordinaria salvo en el caso de que resulte igualmente inscrito el título del usucapiente. Y como esta inscripción no es posible por exigencias del principio de tracto sucesivo (24), ha de concluirse que contra cualquier titular registral no tendrá lugar la prescripción ordinaria.

En otro caso —señala— el principio de legitimación registral «se nos quedaría maltrecho».

«Pues decimos nosotros: si se presume que el derecho pertenece al titular registral, de modo que se reputa que su derecho existe y es suyo; si los pronunciamientos del Registro deben ser ciertos y hacer fe como si concordaran con la realidad; si el Registro es exacto e íntegro, mientras judicialmente no se declare lo contrario, eso será —de admitirse la tesis que combatimos— siempre que el titular no se enfrente con una prescripción ordinaria, pues para este prescribiente ni es íntegro, ni es exacto, ni en ninguna manera le afectan esos cacareados pronunciamientos registrales.

Para ese resultado no merecería la pena de haber llevado al papel esa tan rotunda y sonora literatura jurídica (25).

La tesis de AZPIAZU presenta los inconvenientes ya conocidos de las concepciones bipolares. No se debe forzar el sentido gramatical del texto, ya que el artículo 1.949 presupone no sólo dos, sino tres sujetos autónomos y distintos: titular tabular, usucapiente y tercero. No cabe integrar dentro del contenido normativo del precepto una condición imposible. Y en fin, ninguna razón de seguridad jurídica o tutela del tráfico, reclama una especial protección para el titular registral contra el que se inicia el proceso prescriptivo.

(24) Salvo, lógicamente, el caso de prescripción convalidante, en que el usucapiente pueda inscribir su título al traer causa del titular tabular, en virtud de un título anómalo o defectuoso.

(25) *Ibidem*, pág. 736.

b) De la crítica exposición de REZA ULLOA (26), cabe destacar los siguientes extremos. La frase *no tendrá lugar* equivale a decir *no se consumará*. El artículo 1.949 del Código Civil es una excepción al artículo 1.940 del mismo cuerpo legal, y no se refiere a la usucapión consumada sino a los requisitos para que se produzca la prescripción. La usucapión consumada, en cuanto título dominical, se rige por el artículo 606, según el cual los títulos de dominio que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.

Contra un título inscrito no puede usucapirse de forma ordinaria si el usucapiente no inscribe su justo título. Ciertamente —reconoce— «no será normalmente posible» esta inscripción en los casos en que «el dueño inscrito no actúa como transmitente» (27). Pero, a pesar de esta imposibilidad, debe mantenerse la exigencia del Código porque así lo demanda el principio de publicidad: siendo la posesión el único factor que produce la prescripción extraordinaria, el Código no distingue, al ocuparse de ella, entre títulos inscritos o carentes de inscripción; entonces la sola posesión vence tanto al dueño inscrito como al no intabulado. Pero coadyuvando «a la consumación de la ordinaria el justo título, si éste no está inscrito, si el Registro no lo da a conocer, el Código, en fiel acatamiento al principio de publicidad, sienta la presunción *iuris tantum* de que el titular inscrito desconoce su existencia y le pone a cubierto contra la consumación de la prescripción ordinaria y por esa presunción fija como día inicial para correr el tiempo el de la inscripción del justo título» (28).

Ahora bien, si el artículo 1.949 del Código Civil contempla únicamente —en una construcción bipolar— al usucapiente y al titular inscrito, *¿cómo se explica la frase en perjuicio de tercero?* REZA intenta aclararlo del modo siguiente:

«El artículo 1.949 no pudo hacer la declaración general de que contra todo título inscrito no se consumará la prescripción ordinaria que no se ajuste a su contenido, sino que tuvo que intercalar la expresión en perjuicio de tercero, porque de lo contrario podría el adquirente escudarse en la prescripción frente a su transmitente. Si la transmisión la realiza el titular inscrito y es legítima, el adquirente ningún provecho obtiene contra aquél de la prescripción; si el justo título carece de consentimiento, objeto o causa en la persona del transmitente, la prescripción no prevalece contra éste, puesto que el justo título no es bastante legalmente para transferir el domi-

(26) Cfr. «Temas de prescripción», en *RCDI*, año 1953, págs. 446-456.

(27) *Ibidem*, pág. 447.

(28) *Ibidem*, pág. 447.

nio, conforme al artículo 1.952. En este caso, sólo cabe la prescripción extraordinaria. De aquí deriva la expresión «en perjuicio de tercero» (29).

Esta explicación no es de recibo. El artículo 1.949 del Código Civil —a diferencia de lo que hará el 35 de la Ley Hipotecaria de 1944-46— no convierte la inscripción en justo título. Si el adquirente deriva su relación con el *tradens* a través de un título inexistente o radicalmente nulo, no hace falta referirse al tercero ni utilizar cautela alguna: el *accipiens* no puede usucapir en forma ordinaria contra nadie (30).

Para REZA, por otra parte, la común opinión doctrinal según la cual contra el titular inscrito puede iniciarse y consumarse la usucapión conforme a la legislación común, sin especialidad hipotecaria de clase alguna, se basa en una interpretación errónea del párrafo final del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861.

«Al artículo 35 de la Ley Hipotecaria se le adicionó un primer párrafo en la reforma del año 69. Hasta esa fecha sólo se contraía a la prescripción ordinaria, declarando que en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se *calificará* el título y se *contará* el tiempo conforme a la legislación común. Me resisto a ver en ese párrafo la idea de que “en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se consumará la prescripción —era en principio sólo la ordinaria— conforme a la legislación común”. Si tal fuese el propósito de los autores de la primitiva Ley, lo hubiesen dicho en la fórmula tan sencilla que dejó propuesta. El objeto de esa disposición es otro. Al introducirse en el Derecho Civil vigente en 1861, la trascendental reforma contenida en el artículo 35, en materia de consumación de la prescripción ordinaria... el legislador... adoptó la elemental medida de previsión de remitirse en orden a la calificación del título y cuenta del tiempo a lo dispuesto por la Ley común presente o futura; resolviendo anticipadamente cualquier duda sobre tales particulares. Por eso, el Código, al incorporar dicho artículo al 1.949 dejó en puerta el último de los párrafos del primero. Llevada a efecto la codificación civil, la duda se consideró de imposible planteamiento» (31).

(29) *Ibidem*, pág. 448.

(30) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, vol. II, págs. 622-624.

(31) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 449.

Tampoco puede admitirse esta explicación. La Ley Hipotecaria no precisaba realizar, al respecto, declaración alguna. En 1861 como ahora, es obvio, sin necesidad de un pronunciamiento expreso, que el cómputo del tiempo y la determinación de los requisitos que debe reunir el título *ad usucapionem*, se rigen por la legislación civil.

En consecuencia, y aparte las críticas expuestas, la interpretación de REZA ULLOA incurre en los mismos defectos que la construcción bipolar de AZPIAZU: forzamiento de la construcción gramatical del texto; mantenimiento en el mismo de una exigencia imposible y desmedida protección del titular inscrito.

4. *La presumible posición de Porcioles*

El artículo 1.949 del Código Civil «es una reproducción concordante» del párrafo segundo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869 (32), según el cual no perjudicará a tercero la prescripción que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro. Por eso, aunque la interpretación de PORCIOLES se refiera únicamente al artículo 35 LH, es lícito —dada esa concordancia— extenderla al artículo 1.949 del Código Civil.

Para PORCIOLES la legislación española «restringe extraordinariamente el principio de la *fides publica*, al permitirse que causas de nulidad puedan perjudicar al titular registral por el mero hecho de proceder de un título anterior inscrito, aunque no resulten expresamente de los libros registrales». En el ánimo de nuestros juristas había arraigado la idea de que «la inscripción de un título posterior no podía dejar sin efecto las causas de nulidad de otro anterior, aunque éstas no constasen claramente del propio Registro» (33).

Sin embargo «esta situación de incertidumbre registral no podía perdurar indefinidamente, so pena de quebrantar el principio de seguridad jurídica, base de nuestra ley. Se imponía, pues, arbitrar una forma, y ninguna podía ser mejor para la concepción de los autores del 61, que la prescripción ordinaria de carácter específicamente convalidante» (34).

Y ésta es —a su juicio— la finalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 35 de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 y, por tanto, presumiblemente también del artículo 1.949 del Código Civil. «El tercero a que se refiere el repetido artículo no es el que no ha inscrito; tampoco es el que adquiere posteriormente, ni los que constituyen derechos sobre la cosa o derecho que esté usucapiendo, sino los titulares anteriores inscritos que

(32) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1900, Tomo III, pág. 285.

(33) PORCIOLES COLOMER, *op. y loc. cit.*, pág. 185.

(34) *Ibidem*, pág. 185.

pueden ejercer alguna acción de nulidad, por el mero hecho de tener el título inscrito» (35).

La interpretación de PORCIOLES, a más de ser un tanto rebuscada, distorsiona la noción de tercero y se basa en una reducción arbitraria de los efectos de la *fides publica* y de la capacidad defensiva del tercero hipotecario.

En virtud del principio de fe pública, el contenido del Registro se presume, *iuris et de iure*, exacto e íntegro. Como señala Roca y la generalidad de la doctrina, contra el tercero tabularmente protegido y frente a la opinión de PORCIOLES, deben considerarse inexistentes o inoperantes «las acciones o posibilidades de nulidad, rescisión, resolución, revocación o de otra clase no reflejadas en el Registro mediante anotación preventiva, condición transcrita o causa explícitamente consignada, y los hechos o actos no registrados en virtud del correspondiente asiento de inscripción, anotación, cancelación o nota marginal o por medio de una mención o reserva autenticada» (36).

La posición de PORCIOLES, no obstante, reclama una referencia sucinta a la usucapción convalidante en favor del adquirente que trae causa del *tradens* a través de un título de validez claudicante.

Los negocios rescindibles, si bien pueden ser declarados ineficaces, disponen de una validez inicial. Y por eso —señala MORALES MORENO— la prescripción consumada por la posesión en concepto de dueño que se obtiene al amparo de esa validez inicial, «supondrá un límite a las acciones revocatoria y restitutoria» (37).

Respecto de los títulos anulables las posiciones están más divididas. Se trata de optar entre la tutela debida al transmitente que impugna y el interés del adquirente que ha consumado la prescripción ordinaria.

LUNA SERRANO (38) plantea la cuestión en los siguientes términos: teniendo la acción de anulación un plazo de vigencia de cuatro años y pudiendo en ocasiones contarse dicho plazo a partir de un momento posterior a la celebración del contrato, debe dilucidarse si la anulación del título puede afectar a la usucapción ordinaria ya consumada. LUNA, en base a razones de sencillez y justicia, considera que la prescripción ganada debe respetarse porque dio ya lugar a una adquisición amparada legalmente, aunque reconoce que la cuestión es muy dudosa y que los textos normativos permiten defender ambas soluciones.

MORALES MORENO (39) y Díez-PICAZO (40), adhiriéndose a la posición de ALBALADEJO, adoptan una posición más matizada, distinguiendo el conflicto

(35) *Ibidem*, págs. 185 y 186.

(36) Roca Sastre, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 397.

(37) MORALES MORENO, «Posesión y usucapción», en *CSIC*, Madrid, 1972, pág. 143.

(38) Cfr. *op. y loc. cit.*, págs. 2131-2132.

(39) Cfr. *op. cit.*, págs. 143-144.

(40) Cfr. *op. cit.*, vol. II, pág. 625.

entre partes del conflicto frente a tercero: mientras esté viva la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su ejercicio por el sujeto protegido; pero si el *tradens* no es dueño de la cosa y la contienda se suscita por el tercero *verus dominus*, la usucapión debe prevalecer contra éste (41).

5. *La necesaria depuración o expurgo del artículo 1.949 del Código Civil*

Hemos señalado reiteradamente que este precepto, a consecuencia de los principios de prioridad y tracto sucesivo, plantea una situación fáctica *imposible* (42). ¿Cuál ha sido la causa de semejante error de planteamiento? Se pueden apuntar varias explicaciones posibles:

- a) El artículo 1.949 buscó reproducir en forma concordante (43) el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, y, al hacerlo, incurrió en sus mismos defectos de redacción (44).
- b) Obsesionados sus mentores con el principio de publicidad e inoponibilidad, según el cual lo no inscrito no puede perjudicar a tercero, exigieron la registración del justo título del usucapiente, olvidando que así excluían al prescribiente que no trajera causa del titular registral, o impedían el nacimiento del tercero que, obviamente, no podía registrar su título dominical por incompatible con el del usucapiente inscrito.

Un fallo semejante no es infrecuente porque responde a un fenómeno psicológico de fijación funcional. Veamos: el artículo 606 del Código Civil dispone que los títulos de dominio que no figuren inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero. En principio,

(41) Díez-PICAZO ejemplariza la solución del modo siguiente: «Si Ticio celebra con Cayo, menor de edad, un contrato de compraventa seguido de *traditio*, es claro que el título será anulable y que Cayo o sus representantes legales podrán impugnar la compraventa. Esta posibilidad no queda purgada con la usucapión. Pero en cambio, si Sempronio, *verus dominus* de la cosa la reivindica, Ticio, como comprador de buena fe y con un justo título aunque anulable, puede invocar la usucapión» (*op. cit.*, vol. II, pág. 625).

(42) Cfr. AZPIAZU, «Apostillas a unos comentarios. La prescripción y el Registro», en *RCDI*, año 1945, pág. 322. ALBALADEJO GARCÍA, «Artículo 1.949», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, Tomo XXV, vol. 1, pág. 296, nota 1. VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, págs. 414 y 415. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1941, Tomo I, pág. 257.

(43) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, Tomo III, pág. 285.

(44) «El artículo 35 es ininteligible... De los autores ninguno ha acertado a aclarar este artículo, ni de las sucesivas reformas que ha sufrido en 1869 y 1877 se puede hallar la idea clara que tuvieron los legisladores» (LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Hijos de Reus, Madrid, 1918, pág. 87).

concentrados mentalmente en la regla de inoponibilidad, podríamos también redactar el precepto del modo siguiente: sólo los títulos de dominio que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad podrán perjudicar a tercero; pero si así lo hiciésemos incurriríamos en el mismo error del artículo 1.949 del Código Civil: si un título de dominio está intabulado no podría nacer el tercero porque, para serlo, debería inscribir y no podría hacerlo porque su título dominical resultaría incompatible con el primeramente registrado.

- c) Los redactores contemplaron una situación y unos presupuestos hipotecarios que, si bien se dieron en su día a consecuencia del período transitorio que siguió a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, no podían ya concurrir a la fecha de publicación del Código. Refiriéndose a la imposibilidad fáctica de los artículos 35 LH y 1.949 del Código Civil, AZPIAZU recuerda la fase provisional en que «era posible inscribir la posesión estando el dominio inscrito a favor de otra persona» (45). VILLARES PICO se remite igualmente a la etapa en que era factible registrar el título dominical del usucapiente y del tercero en virtud de soluciones transitorias (46), y ROCA SASTRE alude a la «legalidad anterior... que en períodos de planteamiento de la ley admitía la inscripción de los títulos contradictorios de dominio» (47).

Sea cual sea la explicación, lo que no me parece adecuado es defender la aplicación *integral* del artículo 1.949 del Código Civil basándose en que la hipótesis fáctica de dicho precepto puede darse excepcionalmente aunque sea en casos «improbables y rebuscados» (48).

De entrada, porque una norma no puede concebirse como prevista o diseñada para semejantes supuestos. Y además porque los ejemplos propuestos son, a su vez, inadecuados.

GARCÍA GARCÍA, después de advertir «que no se diga que el artículo 1.949 del Código Civil parte de supuestos que ya no se dan» (49), propone, para justificarlo, las siguientes hipótesis:

- El usucapiente puede tener su título nulo inscrito en el Registro, frente a un titular anterior de la cadena transmisiva. Este ejemplo —usucapición convalidante frente a titulares tabulares anteriores que pueden ejercer alguna acción de nulidad— reproduce la posición de PORCIOLES que,

(45) «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 322.

(46) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 415.

(47) «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 257.

(48) ALBALADEJO, *op. y loc. cit.*, pág. 296, nota 1.

(49) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Tomo III, pág. 135.

como advertíamos, no se ajusta al diseño fáctico del precepto y se apoya, además, en una injustificada limitación del principio de fe pública registral.

- Los casos de doble inmatriculación: al seguir el Derecho Hipotecario español el modelo de folio real y al actuar los principios de publicidad y fe pública con relación a la hoja tabular de la finca correspondiente, es obvio que el artículo 1.949 del Código Civil excluye este supuesto porque reclama que los asientos del usucapiente, del titular contra el que se prescribe y del eventual tercero, *figuren en el mismo folio registral y no en folios distintos*.
- Intabulación por expediente de reanudación del tracto sucesivo cancelando *indebidamente* la inscripción anterior: presupone error, dolo o negligencia del encargado del Registro.
- Y a estos ha de unirse el ejemplo planteado por ALBALADEJO (50): el caso «de usucapir un derecho real en cosa ajena inscrito, aunque no existiese en la realidad extrarregistral, derecho que usucapido así, vendría a gravar la propiedad extrarregistralmente libre del inmueble inscrito como gravado». Aquí se mezcla la realidad registral con la realidad extratabular; no se explica en qué forma puede inscribir su título el usucapiente ni de quién trae causa, y al ser inexistente el derecho real en cosa ajena inscrito, no es prescriptible (51) y la usucapición se produce directamente contra el titular dominical registralmente gravado.

En suma, como apuntaba antes, no puede defenderse la aplicación *íntegra* del artículo 1.949 del Código Civil en atención a supuestos *improbables y rebuscados*: ni los ejemplos propuestos son correctos, ni cabe entender que un precepto ha sido concebido para casos excepcionales, patológicos o dependientes de la conducta ilegítima de un funcionario público (52).

Por tanto, del artículo 1.949 deben expurgarse las exigencias imposibles dejando su redacción en los siguientes términos: *Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero* (53). Ahora bien, esta depuración, este expurgo, sólo puede aceptarse si aparece debidamente fundado y conduce a un resultado sistemáticamente congruente.

(50) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 296, nota 1.

(51) «La accesibilidad al objeto —señala MORALES MORENO— es la forma mínima de expresarse la tenencia posesoria» (*op. cit.*, pág. 24).

(52) En este sentido, ROCA SASTRE, «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258.

(53) Así lo entiende ROCA para el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909 (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258). En igual sentido y para el artículo 1.949 del Código Civil, VILLARES PICO, «La posesión y el Registro», en *RCDI*, año 1947, pág. 416, y AZPIAZU, «Apostillas...», *op. cit.*, pág. 326.

Congruencia: la redacción que se propone es totalmente coherente con el artículo 606 del Código Civil y con el principio fundamental del Derecho Inmobiliario español de que lo no inscrito no puede perjudicar a tercero. Y además —pese a la opinión de VILLARES (54)— el precepto, así interpretado, no incurre en una redundancia inútil: es importante que la doctrina del artículo 606 del Código Civil se declare *expresamente* aplicable a la usucapición, porque la usucapición es un título dominical *sui generis* que se basa en un hecho —el posesorio— que, por definición, no puede acceder al Registro (55). Y, por otra parte, el precepto así depurado, *dice más cosas* que los artículos 462 y 606 del Código Civil: puede aplicarse no sólo a la usucapición consumada, sino a la usucapición *en curso* (56) y declara de modo implícito que cabe iniciar la prescripción frente al titular registral en los términos establecidos por la legislación común.

Fundamento: de conformidad al artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y la realidad legislativa forma parte de la realidad social. Si la legalidad vigente, como es el caso, hace imposible —principios de prioridad y tracto sucesivo— el supuesto fáctico *completo* de un determinado precepto, es perfectamente lícito, en la labor interpretativa, eliminar de su contenido normativo aquellos prepuestos o exigencias que han devenido imposibles.

Y a esto hay que añadir, además, el carácter informador (57) de tres principios generales de honda raigambre de nuestro Derecho: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible); *impossibile idem est ac non esse* (imposible es igual a no ser); *impossibilis conditio pro non scripta habetur* (la condición imposible debe tenerse por no escrita).

Por tanto, según esta interpretación del artículo 1.949, el usucapiente, debe evitar a toda costa la aparición de un tercero protegido: si trae causa del titular tabular a través de un título de validez claudicante, mediante la inscripción del justo título; si no es así, obteniendo la rectificación del Registro o, en su caso anotando previamente la demanda rectora (58). Lo que no debe aceptarse es la posición de AZPIAZU (59) que exige, para que la prescripción pueda oponerse al Registro en sede de los artículos 36 y 41 LH, su previa declaración en sentencia judicial a través del ejercicio de la oportuna acción; porque, como afirma DIEZ-PICAZO, si bien es el favorecido por ella quien debe ponerla procesalmente en juego, los efectos de la usucapición «se producen de

(54) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 416.

(55) Cfr. artículo 5 LH.

(56) Pese a su incorrección técnica, mantengo esta expresión por su alta eficacia denotativa.

(57) Cfr. artículo 1.4 del Código Civil.

(58) Cfr. artículos 40 y 42 LH.

(59) Cfr. «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, págs. 328-332 y 334.

manera automática con el mero lapso de tiempo unido a una posesión hábil para ello» (60). Cuestión muy distinta es la del título inscribible: si en el procedimiento del artículo 41 LH se alegase la prescripción como causa contradictoria, la sentencia que estimase su concurrencia no sería título hábil para la registración de la misma, porque se trata de un proceso con fines limitados y concretos, que no produce excepción de cosa juzgada y deja a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo correspondiente.

6. *La hipótesis fáctica y el contenido normativo del precepto*

La situación fáctica que plantea el artículo 1.949 es una situación triangular. Contra un *titular registral* (A) se inicia la prescripción por parte del *usucapiente* (B). Estando en curso la usucapión o una vez consumada, la finca es adquirida a título oneroso y de buena fe por un *tercero* (C) que inscribe su título dominical (61).

El contenido normativo del precepto contempla, por tanto, tres supuestos:

a) *Las relaciones ente el titular registral y el prescribiente* (A y B): se rigen por el Derecho civil puro. Como señala ROCA: «el que estén o no inscritos los inmuebles no afecta a su posibilidad de usucapirlos. Los inmuebles inscritos son *res habilis* para la prescripción» (62). Frente al titular tabular, la usucapión contra Registro se desenvuelve de conformidad con el Derecho común, porque los sujetos involucrados no son terceros entre sí sino *partes* respecto al suceso o situación que la prescripción implica (63).

b) *En cuanto a la usucapión consumada*, no afecta ni perjudica al tercero hipotecario: «no tendrá lugar en perjuicio de tercero», tercero que, en cualquier caso, quedaría protegido por la regla de inoponibilidad del artículo 606 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 1.949 del Código Civil modifica la redacción del concordante artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869. Este último señalaba que la prescripción «tampoco perjudicará a tercero». El artículo 1.949 nos dice algo distinto, nos dice que «no tendrá lugar... en perjuicio de tercero». Por tanto, en detrimento del mismo, la prescripción *no tendrá lugar, no ocurrirá, no sucederá* (64).

(60) *Op. cit.*, vol. III, pág. 627.

(61) En este sentido, y refiriéndose al artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909, ROCA SASTRE (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 259).

(62) «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 258.

(63) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 658. En igual sentido, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

(64) Cfr. Voz «lugar», Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, 1992. MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS, GABINO RAMOS, *Diccionario del Español*

Si nos atenemos a la configuración semántica del texto, la aparición del tercero actuaría como elemento impediendo de la usucapición; si surge el tercero, la prescripción se tendrá por *no acaecida*. Esto es importante, porque si frente al tercero la usucapición se tiene por *no ocurrida*, queda vacío de contenido el párrafo primero del artículo 36 LH, ya que frente al tercero protegido nunca podría hablarse de prescripción ordinaria consumada.

c) *Respecto de la usucapición en curso* señala ROCA (65), que en cada transmisión a favor de tercero de la finca o derecho que se está prescribiendo, la prescripción queda *interrumpida*, y por eso, el usucapiente «debe comenzar una nueva usucapición». Ahora bien, respecto de este nuevo ciclo prescriptivo, el adquirente, devenido dueño y titular tabular de la finca, ya será parte y, por tanto, la prescripción nuevamente iniciada, podrá empezar a actuar contra él de conformidad al Derecho Civil puro.

Aclaremos esto por vía de ejemplo (66): A inscribió el dominio y vende a B que, a su vez, registra el título de compra. Antes de verificarse la venta, C poseía la finca. Esta posesión anterior no puede perjudicar a B que es tercero respecto de ella, pero sí le perjudicará la posesión que transcurra desde el momento en que adquirió de A, porque en cuanto a esta posesión, B es parte con C y, por tanto, sus derechos se regulan por la legislación común.

No obstante, respecto al artículo 35 LH, que constituye el antecedente inmediato del precepto civil, las opiniones sobre la interrupción o no de la prescripción se encontraban divididas (67), y por eso conviene reforzar argumentalmente el criterio interpretativo que dejamos expuesto:

- El artículo 1.949 habla de prescripción ordinaria y, con ello, parece referirse sólo a la usucapición *consumada*, porque —como recuerda SANZ— «técnicamente es inadmisibile hablar de *prescripción en curso*». La usucapición es un título dominical de resultado y, en tanto no se llegue a este resultado, «existe simplemente un estado de hecho, una posesión más o menos calificada, pero en modo alguno puede hablarse de prescripción aunque se la quiera llamar *en curso*» (68). El argumento, sin embargo, no puede aceptarse porque los textos legales y parale-

Actual, Santillana de Ediciones, Madrid, 1999. Gran Enciclopedia Larousse, Editorial Planeta, Barcelona, 1969. Tomo VI.

(65) Refiriéndose al artículo 35 LH. Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 259 y 260.

(66) Cfr. CALDERÓN NEIRA, «Estudios Hipotecarios», en *Revista de Legislación*, Madrid, 1885, pág. 100.

(67) Cfr. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Editorial Reus, Madrid, 1927, Tomo II, págs. 723 y 724.

(68) SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pág. 289.

gales utilizan el término prescripción tanto para referirse a la usucapión consumada como a la usucapión en curso: así, artículo 35 de las antiguas leyes tabulares: «en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho *que se esté prescribiendo*»; el artículo 1.939 del Código Civil: «la *prescripción comenzada* antes de la publicación de este Código»; el artículo 36 LH: «la *prescripción comenzada* perjudicará igualmente»; Anteproyecto de PORCIOLES: «en otro caso, le afectará la *prescripción o posesión anteriores a su asiento*»; Preámbulo al Proyecto de la Ley Hipotecaria de 1944: «ante (la prescripción) que se ha producido, *en todo o en parte* contra un tercero adquirente» (69).

- El tercero hipotecario *es tercero* en relación a la *possessio ad usucapionem* anterior a su adquisición, porque ningún nexo jurídico lo liga con el usucapiente y durante este período es totalmente ajeno o extraño al fenómeno de la prescripción no pudiendo, por ello, interrumpir la posesión (70). Las relaciones entre titular tabular y usucapiente se rigen, como vimos, por el Derecho civil puro, ya que ambos son *partes* respecto del hecho posesorio. *A sensu contrario*, en las relaciones entre usucapiente y tercero, éste es *extraño* al suceso o situación que la prescripción implica y, en consecuencia, su posición trasciende la legislación común y merece acogerse a la tutela hipotecaria.
- Si, frente a lo que dispone el artículo 1.949, se computase en contra del tercero el tiempo de posesión transcurrido antes de su adquisición, lo colocaríamos en una situación de absoluta indefensión respecto de la prescripción que pudiera consumarse al día siguiente o los días inmediatos al acto adquisitivo, porque lo reducido de estos plazos le impediría organizar o desplegar su defensa. Nótese que el propio artículo 36 de la Ley Hipotecaria 1944-46, que trata de disminuir o debilitar la protección del tercero, se ve obligada —reconociendo esta posibilidad— a asimilar a la usucapión consumada la usucapión que pudiera consumarse dentro del año siguiente a la adquisición (71).

(69) El texto, a mi juicio, con la expresión «en parte», se refiere al tiempo posesorio *ad usucapionem* que ha transcurrido antes de la adquisición del tercero. Para ROCA, por contra, la frase «en todo o en parte» «es ininteligible a no ser que quiera distinguir entre la usucapión del dominio y la de un derecho real en cosa ajena» (cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 655, nota 1).

(70) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 658.

(71) Sigue en esto el consejo de ROCA, quien *después de reconocer que en cada transmisión, a favor de tercero, la usucapión en curso queda interrumpida*, considera este efecto excesivamente rigorista respecto del usucapiente y propone establecer un plazo en el cual, si el adquirente no ha obtenido o instado la posesión de la finca, cese la protección de la fe pública registral, perjudicándole, por tanto, la prescripción en curso (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 259 y 260).

- En la usucapión consumada, que es título dominical, el prescribiente puede obtener la rectificación registral, evitando la aparición de un tercero. En cambio, en la usucapión en curso, el prescribiente no puede lograr la constancia registral del hecho posesorio porque la posesión está expulsada del Registro (72). El principio de fe pública «protege plenamente al titular frente a situaciones de derecho que no consten en el Registro; pero no frente a problemas físicos o de hecho, entre los cuales está la posesión material de la cosa» (73). Y, por otra parte, a efectos del artículo 606 del Código Civil, el título dominical es la usucapión misma y no el justo título, que es solamente uno de sus prepuestos o requisitos.

No obstante, aunque esto sea así, no cabe utilizar este argumento en contra del criterio interpretativo que dejamos expuesto. La prescripción ordinaria no depende sólo de la posesión sino también del justo título; y el justo título es, por definición, inscribible (74). Si no se registra, la usucapión en curso que se apoya en él parcialmente, no puede ser esgrimida frente a tercero *porque así lo prescribe el artículo 606 del Código Civil*. Este precepto —como señala ROCA SASTRE refiriéndose a su homólogo, el 32 LH— es el «máximo exponente de la regla *lo no inscrito no perjudica a tercero*», y aunque habla únicamente de títulos de dominio —en este caso, la usucapión consumada— no sólo estos títulos no registrados no perjudican a tercero sino tampoco los actos, hechos o derechos —en este caso el justo título— que, siendo registrables, no aparezcan intabulados (75). Quien prescribiendo con justo título no inscrito contra una posición registrada, no consulta el Registro, o consultándolo, no se defiende frente a los pronunciamientos tabulares, debe atenerse a las consecuencias.

B) LA POSIBLE VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria modifica radicalmente la reglamentación establecida en el del Código. Respecto de la versión íntegra del artículo 1.949, suprimiendo la necesidad de inscripción del justo título. En cuanto a su versión expurgada y respecto de la prescripción en curso, al computar en contra del tercero el tiempo posesorio anterior a su adquisición;

(72) Cfr. artículo 5 LH.

(73) SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 282. El principio de fe pública protege, en general, respecto de «cuanto *siendo registrable* no esté registrado» (ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401).

(74) Artículos 1.952 del Código Civil y 2 LH.

(75) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401.

y respecto de la usucapión consumada, al perfilar un concepto de buena fe mucho más exigente,

«que da por resultado la figura de un tercero anormal, *pluscuamperfecto*, que para no ser vencido por la usucapión no sólo debe haber ignorado la inexactitud del Registro (por no haber conocido una posesión ajena a título de dueño y por el tiempo legal sobre la finca adquirida), sino que además se le exige que no haya tenido medios racionales y motivos suficientes para adquirir ese conocimiento. Si tales “medios racionales” o “motivos suficientes” han existido (que siempre existirán), la presunción de buena fe desaparece para dar paso a la presunción de conocimiento (culpa lata) y el titular registral queda a la intemperie del Código Civil sin abrigo alguno hipotecario. Con razón afirma Núñez Lagos que el citado artículo 36 agrava mucho la posición del tercero. ¡Como que quien, por inverosímil evento, alcance la palma de esa buena fe “*pluscuamperfecta*”, más que para este mundo terrenal ha de estar para el cielo y los altares!» (76).

Esta radical divergencia entre ambos preceptos, supone una antinomia legislativa frente a la cual un importante sector doctrinal defiende la prevalencia del artículo 36 porque en el caso de dos normas antitéticas con soluciones contrapuestas, la ley posterior deroga a la anterior. ROCA (77), DE LA RICA (78), BONET RAMÓN (79), MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (80) y FENOY PICÓN (81) se adhieren a esta posición, que ALBALADEJO rubrica con cierta contundencia:

«por más que con notable tenacidad algunos autores sigan comentando este artículo (se refiere al 1.949 del Código Civil), la verdad

(76) DE LA RICA Y ARENAL, «La buena fe y la publicidad del Registro», en *RCDI*, año 1949, pág. 544.

(77) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 662.

(78) Cfr. «La reforma hipotecaria, su contenido y alcance», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Editorial Castalia, Madrid, 1990, Tomo III, pág. LXIII. «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 552.

(79) *Código Civil comentado*, Aguilar de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 1553.

(80) *Op. y loc. cit.*, pág. 460. Este comentarista alega también la imposibilidad del supuesto fáctico prevenido por el artículo 1.949, razonando que sería absurdo dar prevalencia a una «solución irrealizable hipotecariamente». Tal argumento, sin embargo, queda vacío de contenido frente a la versión expurgada que proponemos del precepto.

(81) En un interesante y estructurado estudio, «La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Tomo III, págs. 3771-3828.

es que no hay nada que decir de él como norma vigente, porque está derogado.

El viejo artículo 35 de la Ley Hipotecaria vino a ser recogido en parte por el difunto artículo 1.949 del Código Civil, que, a su vez, fue derogado por el nuevo artículo 36 de aquella ley reformada en 1946, que adoptando criterios distintos, es decir, cambiando el sistema, para los temas que en el 1.949 regulaba, como ley posterior contradictoria lo derogó tácitamente. Derogación que alcanzó a todos sus extremos, o sea, que no dejó en pie nada del 1949, pues elimina los tres puntos que éste tocaba: primero, necesidad de inscripción para usucapir; segundo, contar el tiempo desde ésta; tercero, referirse sólo a la usucapión ordinaria.

La letra del artículo 1.949 sigue en el texto del Código formalmente hablando, pero no está más vigente que, por ejemplo, la antigua Ley del Registro Civil (a la que alude), sin embargo, imperterritito, el artículo 332 del Código Civil, que, por lo visto, el legislador no ha tenido todavía tiempo de retocar, a pesar de las muchas modificaciones que ha introducido últimamente en nuestro primer Cuerpo legal civil» (82).

La postura de ALBALADEJO resulta demasiado tajante. Y por eso la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de octubre de 2001, se ve obligada a recoger las vacilaciones doctrinales:

«La regulación de la *usucapión contra tábulas* en nuestro Ordenamiento Jurídico ha dado lugar a serias discrepancias dentro de nuestra doctrina, las cuales ya surgen, de inmediato, al tener que decidir cuales son los preceptos de aplicación. Y así, mientras un sector doctrinal (que cita a su favor la jurisprudencia, formada por las sentencias del TS de 18 de junio de 1992; 13 de diciembre de 1957; 20 de octubre de 1915), acude a los artículos 462 y 1.949 (quien carezca de título inscrito en el Registro de la Propiedad e inste la usucapión respecto de un terreno inscrito en el Registro a favor de otra persona tiene proscrito acudir a la prescripción ordinaria y sólo se le permite la vía de la extraordinaria) del Código Civil y 36 de la Ley Hipotecaria, otro sector doctrinal considera derogado el artículo 1.949 del Código Civil, por lo que el único precepto de aplicación lo es el artículo 36 de la LH».

(82) Cfr. «Artículo 1.949», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, Tomo XXV, vol. 1, pág. 296.

Y es que, en efecto, existen posiciones dubitativas (83), intermedias (84) y contrarias.

Entre estas últimas, que defienden la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil en su versión íntegra, podemos situar las de REZA ULLOA, NÚÑEZ LAGOS y GARCÍA GARCÍA.

REZA (85) utiliza una inteligente argumentación que luego examinaremos. Para NÚÑEZ LAGOS, la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria de 1944 acordó de antemano y respetó después, como si de un precepto constitucional se tratara, la intangibilidad del Código Civil. A su juicio, dentro de las fuentes formales de nuestro sistema registral, la Ley Hipotecaria tiene un carácter «supletorio y complementario, siempre *secundum Codicem*». En su opinión, después de la Ley de 1944-46, el artículo 1.949 del Código Civil mantiene todo su vigor y condiciona el ámbito de aplicación del artículo 36 «dejándolo reducido... a la prescripción extraordinaria» (86). GARCÍA GARCÍA (87) defiende también la vigencia del precepto civil, apelando a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992 (88), considerando, con NÚÑEZ LAGOS, que la Ley de reforma de 1944-46 no se propuso derogar o modificar las disposiciones del Código, y entendiendo que el supuesto fáctico que plantea el artículo 1.949 es viable, aunque sea en supuestos excepcionales (89).

Confieso que mi actitud en este conflicto es dubitativa y la describo del modo siguiente: el artículo 36 LH se refiere a la usucapión ordinaria y extraordinaria y se propuso regular *de forma completa* la prescripción contra Registro, materia que corresponde precisamente al ámbito normativo que le es propio, como ley tabular y de terceros. Pese a las afirmaciones de NÚÑEZ LAGOS, y al menos respecto de la usucapión, la reforma expresa una inequívoca voluntad abrogatoria con relación a aquellas disposiciones del Código Civil que no se ajusten a la fórmula transaccional que propone.

Basta, para fundamentar este aserto, el Preámbulo que acompaña al Proyecto de Ley. Sus redactores, estimando amplísimas las facultades de que estaban investidos y frente a una tradición jurídica históricamente consolida-

(83) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», en *CRPME*, Madrid, 2001, Tomo I, pág. 144, nota 42.

(84) LUNA SERRANO mantiene, como vimos, una interpretación *sui generis* del artículo 1.949 del Código Civil, que compatibiliza con el 36 LH, al que atribuye la misión de aclarar y matizar «modificativa y complementariamente» el texto codificado (cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 2118).

(85) Cfr. *op. loc. cit.*, pág. 425.

(86) *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1962, págs. 10-14.

(87) *Op. cit.*, págs. 119, 133 y 134.

(88) La he comentado con anterioridad destacando el carácter singular de su interpretación de la norma civil.

(89) Se ha examinado también este punto con anterioridad.

da, llegaron a tomar en consideración nada menos que el reconocimiento del contrato real o la adopción de la inscripción constitutiva y, por lo que al tema que nos ocupa se refiere, manifestaron lo siguiente:

«La prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir, no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. *Los cánones de nuestros textos positivos* la tratan con evidente imprecisión. *Acomodar* (90) *sus diversos preceptos* plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula».

Pero si esto es así, existen también razones atendibles que, pese a la Ley de reforma, podrían justificar la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, al menos en su versión expurgada. Razones que enumero sucintamente a continuación:

1. La subsistencia formal del precepto a pesar de las numerosas modificaciones sufridas por el del Código Civil a partir de 1946 (91). Nótese, por referirnos al parangón establecido por ALBALADEJO, que no se trata, como en el caso del artículo 332, de un precepto remisivo, sino de una norma sustantiva de alto contenido jurídico.

Por otra parte, la Ley de 1944 renunció a la modificación directa del Código Civil, rehusando la solución del Anteproyecto de PORCIOLES (92), que proponía sustituir la redacción actual del artículo 1.949 por la siguiente: «los efectos de la prescripción adquisitiva y extintiva del dominio y demás derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, estarán subordinados, con respecto a terceros, a lo ordenado por la Ley Hipotecaria» (93).

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 1991, señala en su Fundamento cuarto que «el contenido del artículo 1.949... ha de entenderse en los términos... que se recogen en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria ya que, en cierto modo, vino a restringir, según la redacción de 8 de febrero de 1946, la radicalidad de aquel precepto». Pero, al lado de esta sentencia, ha de citarse la de 31 de mayo de 1992, que mantiene de forma inequívoca la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, interpretándolo de modo *sui generis*, en los siguientes términos: «imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles, frente al

(90) Ordenar, componer, ajustar una cosa con otra.

(91) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El Código Civil y sus reformas», en *CRPME*, Madrid, 2003, pág. 541.

(92) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 11.

(93) Cfr. «Leyes Hipotecarias y Registrales...», *op. cit.*, pág. 6.

tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales» (94). En opinión de GARCÍA GARCÍA, esta sentencia es fundamental «para la defensa de la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil, y en definitiva, para desvirtuar la interpretación de que el artículo 36 de la LH se refiere también a la usucapión ordinaria y no sólo a la extraordinaria» (95). Por contra, para ALBALADEJO, la apelación al artículo 1.949 resulta incomprensible y obliga a preguntar al Tribunal «qué hacemos con la parte del artículo 36 de la LH afectada» (96). A esta controvertida resolución judicial también deben unirse las sentencias de 18 de junio de 1992 y 28 de diciembre de 2001 en las que, a pesar de alegarse como infringido el artículo 1.949 del Código Civil, la Sala, en ningún momento, argumenta o invoca su derogación (97).

2. Un precedente: la respuesta jurisprudencial a la supuesta antinomia entre el artículo 1.959 del Código Civil y el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909.

El artículo 35 de la ley tabular de 1869 dispuso que la prescripción extraordinaria sólo produciría efectos frente a tercero si se hallaba inscrita la posesión que había de producirla. Por contra, el artículo 1.959 del Código Civil, abrogando la previsión hipotecaria, no exigió la registración del hecho posesorio. Ello no obstante, la Ley Hipotecaria de 1909, derogando, a su vez, como *lex posterior*, el texto codificado, reprodujo la exigencia de la inscripción de la posesión (98). Y sin embargo, el Tribunal Supremo —sentencias de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915, 22 de octubre de 1919, 27 de diciembre de 1932 ó 20 de octubre de 1941— mantuvo «su afirmación general de que en la prescripción extraordinaria no cabe exigir posesión inscrita, por ser el requisito de la inscripción una condición legal sólo de la ordinaria, según el artículo 1.949, y debe aplicarse el 1.959, al que le basta la posesión no interrumpida durante treinta años» (99). En suma, el Alto Tribunal no admite que un concreto artículo del Código Civil [1.959], resulte

(94) Como he indicado anteriormente la interpretación que la Sala hace de este precepto, es claramente inexacta.

(95) Cfr. *op. cit.*, págs. 135 y 136.

(96) *Op. y loc. cit.*, pág. 297.

(97) También la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 5 de julio de 2000, confirma la vigencia del precepto civil, acogiendo la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1992.

(98) Cfr. MORELL Y TERRY, *op. cit.*, págs. 730 y 731.

(99) MORELL Y TERRY, *op. cit.*, pág. 733. En igual sentido, SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 300. También DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. cit.*, pág. LVIII, si bien critica la doctrina del Alto Tribunal por no tomar en consideración la remisión que el artículo 462 del Código Civil efectúa en favor de la Ley tabular.

modificado, en derogación tácita, por un precepto hipotecario [35] de fecha posterior. Criterio perfectamente extrapolable a las relaciones entre el artículo 1.949 del Código Civil y el 36 de la Ley Hipotecaria reformada.

No obstante, el argumento, aunque el Tribunal Supremo no enfatice sobre este aspecto, se debilita un tanto si tenemos en cuenta que, curiosamente, a la altura de 1.909, la exigencia del artículo 35 LH resultaba de imposible cumplimiento, al haberse suprimido las inscripciones contradictorias de posesión, con lo cual se daba «el hecho anómalo de que cuando es posible la inscripción de posesión no existe tercero hipotecario a quien perjudicar, y que cuando existe este tercero, no está autorizada la inscripción de la posesión *ad usucapionem*» (100).

3. La antinomia del artículo 36 LH no sólo está referida al artículo 1.949 sino también al artículo 606 del Código Civil.

Es un argumento que hemos apuntado con anterioridad. La usucapión consumada, en cuanto título dominical (101), ha de estar debidamente inscrita para poder perjudicar a tercero. En la prescripción ordinaria en curso, la posesión no puede acceder al Registro (102), pero sí el justo título (103). El justo título no es ciertamente un título de dominio, pero cuando menos, es un hecho, acto o derecho que, por ser susceptible de inscripción, ha de estar intabulado para poder perjudicar a tercero (104). Ahora bien, el tercero del artículo 606 del Código Civil es y fue siempre el adquirente, con título inscrito, a título oneroso y de buena fe, que trae causa de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir. Por tanto, el artículo 36 LH vulnera el 606 del texto codificado en un doble sentido: respecto de la usucapión consumada, al exigir al tercero requisitos adicionales, como una buena fe cualificada; respecto de la usucapión en curso, al computar en contra del tercero el tiempo posesorio anterior a su adquisición, pese a que el justo título no ha sido intabulado. En consecuencia no sería bastante la derogación tácita del artículo 1.949 del Código Civil, si, a la vez, no se modifica —lo que no se ha hecho— el concepto de tercero del precepto civil.

Claro que cabe contraargumentar —con el valor que quiera dársele al argumento— que el artículo 606 del Código Civil, al referirse al tercero, reenvía implícitamente a la ley tabular en cuanto a su definición y concepto. Y no hay obstáculo en que dentro ya de la Ley Hipotecaria se modalice el artículo 32, reclamando, a efectos de prescripción, el tercero pluscuamperfecto de que nos habla LA RICA.

(100) PORCIOLES COLOMER, *op. y loc. cit.*, pág. 186. En igual sentido, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 62.

(101) Cfr. artículo 609 del Código Civil.

(102) Cfr. artículo 5 LH.

(103) Cfr. artículos 1.952 del Código Civil y 2 LH.

(104) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 401.

4. Vaciamiento del contenido del artículo 36 LH. Se produciría por aplicación de una doble interpretación del artículo 1.949:

- a) Para REZA ULLOA, el precepto civil no toma en consideración a la usucapión consumada, que como título dominical, es materia propia del artículo 606. El 1.949 se refiere, por contra, a los requisitos indispensables para que se produzca la prescripción. Y constituye una excepción o modalización del artículo 1.940, al exigirse *adicionalmente*, en la usucapión ordinaria contra títulos inscritos, la registración del justo título. Si el justo título no ha sido intabulado, falta un presupuesto indispensable para la prescripción, y el Registro de la Propiedad, por tanto, «no puede tomar en consideración un derecho no nacido al amparo del Código» (105).
- b) El artículo 1.949 del Código Civil cambia, como apuntaba antes, la redacción del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Si este precepto señalaba que la usucapión ordinaria *no perjudicará a tercero* si no se halla inscrito el justo título, el texto codificado nos dice ahora que, en este caso, la prescripción *no tendrá lugar* en perjuicio de tercero. *No tendrá lugar, no ocurrirá, no sucederá*. La aparición del tercero se convierte en un hecho impediendo del *acaecimiento* de la usucapión. Es como si la prescripción que se gana o que se está ganando contra título inscrito quedara sujeta a la condición suspensiva de la no aparición del tercero. Y si esto es así, el artículo 36 LH queda vacío de contenido porque, frente a un tercero, la usucapión, consumada o en curso, *no habrá tenido lugar*.

Para ambas propuestas interpretativas es aplicable entonces la doctrina contenida en la sentencia de 27 de mayo de 1967:

«Los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva del dominio son materia propia de la competencia del Derecho Civil puro y ajena a la del Derecho Hipotecario, al que únicamente le interesan los requisitos específicos que han de concurrir para que la usucapión producida al margen del Registro de la Propiedad pueda prevalecer frente a los adquirentes protegidos normalmente por la fe pública registral. Es más, la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley civil para la adquisición del dominio por usucapión constituye un presupuesto ineludible para la posible eficacia del *modus* en contra del titular tabular, tenga o no éste la condición de tercero, cuando lo que frente a él se alegue sea la usucapión consu-

(105) REZA ULLOA, *op. y loc. cit.*, págs. 447 y 452.

mada, por lo que, si ha de procederse con rigor lógico, la verificación de los requisitos civiles de la prescripción adquisitiva ha de extenderse al contraste de los hipotecarios requeridos por el párrafo 1.º del artículo 36 de la Ley especial, toda vez que si acaso llega a comprobarse la ausencia de los primeros, la inquisición de si concurren o podrían concurrir los últimos sería una tarea totalmente vacua y estéril».

5. Cabe sostener la vigencia del artículo 1.949, apoyándose en las técnicas de resolución de antinomias (106):

- a) Entender que la modificación introducida por el artículo 36 LH en el contenido normativo del precepto civil, vulnera el principio de jerarquía normativa. A juicio de NÚÑEZ LAGOS, y al margen de su mayor o menor autonomía, no es posible mantener la dualidad normativa entre Código Civil y Ley Hipotecaria. «No cabe dualismo alguno; el régimen registral *sustantivo* está *todo* en el del Código Civil». Dentro de las fuentes formales del sistema hipotecario español rige en primer lugar y con carácter preferente, el del Código Civil y sólo «como derecho supletorio y complementario, siempre *secundum Codicem*, la Ley Hipotecaria de 1946» (107). En la resolución de antinomias, el criterio jerárquico prevalece sobre el criterio cronológico porque el principio *lex posterior derogat anterior* no es aplicable cuando aquella es jerárquicamente inferior (108).
- b) Resolver la antinomia mediante la división o distribución del ámbito normativo de los preceptos en conflicto: el artículo 1.949 del Código Civil regiría en cuanto a la usucapión ordinaria y el 36 LH respecto de la prescripción extraordinaria.

En realidad, lo que se hace es considerar que la antinomia es solamente *aparente*, que la presunta incompatibilidad se deriva de una interpretación errada sobre el alcance de ambas normas. Esta sería la propuesta de GARCÍA GARCÍA (109): ni la Ley de reforma de 1944 pretendía modificar el del Código Civil ni el artículo 36 LH puede, además, referirse a la usucapión ordinaria porque no cabe buena fe frente a los pronunciamientos tabulares.

(106) Sobre antinomias, puede consultarse, NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, págs. 184-207.

(107) NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 13.

(108) Cfr. NORBERTO BOBBIO, «Teoría...», *op. cit.*, pág. 203.

(109) Cfr. *op. cit.*, págs. 129-136.

Claro que estas posiciones son también susceptibles de impugnación. El artículo 1.949 es un *precepto típicamente hipotecario que, a pesar de su inserción en el Código, forma parte de la legislación registral* (110); una legislación *especial* que «tiene su campo propio y preferente de actuación —los derechos inscritos— y (que) organiza un sistema técnico de protección del tráfico a través de la publicidad» (111). Entre dos preceptos hipotecarios antagónicos —1.949 del Código Civil y 36 LH— parece que debería prevalecer el criterio cronológico.

Además, como veremos, el artículo 36, de hecho, se refiere tanto a la prescripción ordinaria como extraordinaria; y la existencia de pronunciamientos registrales contrarios, no excluye, *a priori*, la buena fe del usucapiente.

IV. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 36 LH establece, respecto de la prescripción del dominio, la siguiente reglamentación:

Las relaciones entre el usucapiente y el titular inscrito frente al que se inicia la usucapación, se rigen por el Derecho Civil puro: «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble... que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil».

En cuanto a las relaciones entre el usucapiente y el tercero, se distinguen los siguientes supuestos:

1. La prescripción comenzada le perjudica plenamente y, por tanto, se computará en su contra el tiempo posesorio anterior a la adquisición.
2. La prescripción consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente al acto adquisitivo, le perjudicará igualmente en estos dos casos:
 - a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
 - b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

(110) En igual situación están los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil.

(111) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía», en *CNRPE*, Madrid, 1967, págs. 70 y 71.

En los epígrafes siguientes trataré de analizar los aspectos más polémicos de esta regulación.

A) EL ÁMBITO NORMATIVO DEL PRECEPTO

Se discute si el artículo 36 LH se refiere a la usucapión ordinaria, a la extraordinaria o a ambas a la vez.

Para SANZ, el precepto se remite únicamente a la prescripción ordinaria. A su juicio, la usucapión extraordinaria consumada prevalece siempre contra el tercero hipotecario, de conformidad al artículo 1.959 del Código Civil, que mantiene todo su vigor porque para que hubiera quedado sin efecto sería necesario que la Ley Hipotecaria reformada lo hubiera derogado expresamente. Además, en su opinión, tampoco cabe invocar, en este punto, el artículo 462 del Código Civil «que sólo se refería a la posesión inscrita y hoy carece de virtualidad» (112).

Por el contrario, NÚÑEZ LAGOS (113) estima que la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil deja reducido el ámbito de aplicación del artículo 36 LH a la prescripción extraordinaria. A esta posición se adhiere GARCÍA GARCÍA, quien argumenta, también, que dicho precepto no puede referirse a la usucapión ordinaria porque no cabe buena fe «en contra de los pronunciamientos de la publicidad registral» ni el usucapiente —en base al art. 35 LH— puede disponer de justo título mientras subsista la inscripción a favor del tercero (114). En igual sentido se pronuncia AZPIAZU, quien considera «imposible que contra el Registro se pueda ostentar buena fe ni justo título» (115).

El antagonismo de estas dos posiciones lleva a ROCA SASTRE a pronunciarse con cierta ironía: de ser ciertas ambas posturas, el artículo 36 LH «resultaría completamente superfluo, por inaplicabilidad» y «esto solo ya permite sostener, sin peligro de equivocarse, que al menos una de ambas opiniones es axiomáticamente falsa» (116).

En realidad, en la Ley de reforma de 1944, la *voluntas legislatoris* es inequívoca. La nueva Ley *quiere regular de forma global y completa* la usucapión contra Registro, en sus dos manifestaciones o modalidades, ordinaria y extraordinaria. No es ya que el artículo 36 no distinga —*ubi lex non*

(112) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, Tomo I, págs. 559 y 560.

(113) Cfr. «Variaciones...», *op. y loc. cit.*, pág. 13.

(114) Cfr. GARCÍA GARCÍA, «Derecho Inmobiliario Registral...», *op. y loc. cit.*, Tomo III, págs. 129-134.

(115) «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 330.

(116) «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 663, nota 1.

distinguit, nec nostrum est distinguere— como recuerdan DE LA RICA (117) y ROCA (118). Es que el Preámbulo que acompaña al Proyecto legislativo así lo expresa de forma indubitada y categórica. La Ley intenta resolver «el complejo problema que para todo el sistema supone la adecuada correspondencia entre la prescripción y el valor jurídico inatacable que conviene dar a los asientos registrales». «La prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir (y nótese que tan modo de adquirir es la ordinaria como la extraordinaria) no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. Los cánones de nuestros textos positivos la tratan con evidente imprecisión. Acomodar sus diversos preceptos plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula».

Si alguna distinción recoge el Preámbulo, es la diferenciación clásica entre la prescripción que «convalida y ratifica las situaciones registrales» y «aquella otra que actúa en contra de los derechos inscritos» y, dentro de ésta, la que ha «tenido lugar frente a personas que posean o no la condición de terceros adquirentes a título oneroso».

Y así lo viene interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que el artículo 36 LH abarca la usucapión extraordinaria resulta del Fundamento cuarto de la sentencia de 21 de abril de 1997. Que dicho precepto comprende y se refiere también a la prescripción ordinaria se deduce igualmente de las siguientes sentencias: 12 de diciembre de 1994 en el Fundamento tercero; 8 de octubre de 1997 en el Fundamento sexto y 30 de octubre de 1998 en sus Fundamentos cuarto y quinto.

Ahora bien, una cosa es que la Ley de Reforma *haya querido* regular la usucapión *contra tabulas*, en sus dos modalidades y otra muy distinta es que *haya podido hacerlo*, por razón de los límites de su capacidad normativa. Dilucidar esta cuestión exige, respecto de la usucapión extraordinaria, examinar la posible antinomia entre el artículo 36 LH y el artículo 1.959 del Código Civil; y respecto de la prescripción ordinaria —además de las relaciones entre el precepto hipotecario y el art. 1.949 del texto codificado— estudiar también el problema de si es posible la buena fe frente a los pronunciamientos tabulares.

1. En opinión de SANZ —decíamos— la usucapión extraordinaria consumada prevalece siempre frente al tercero hipotecario (119). A su juicio, existe un claro paralelismo entre los artículos 1.949 (prescripción ordinaria) y 1.959

(117) Cfr. «La Reforma Hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, págs. LXIII y LXIV.

(118) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 659. LUNA SERRANO señala también que el artículo 36 LH: «es norma por igual aplicable a la usucapión ordinaria y a la extraordinaria» (*op. y loc. cit.*, pág. 2120).

(119) Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, págs. 559 y 560.

(prescripción extraordinaria). Ambos preceptos no sólo tienen un contenido civil sino a la vez hipotecario. Los dos definen también los efectos de la usucapión frente a terceros: el artículo 1.949 exige la inscripción del justo título para que la ordinaria pueda llegar a perjudicarlo; en la extraordinaria, según el 1.959, basta la simple posesión no interrumpida durante treinta años.

Esta argumentación no es tan endeble como pretende ROCA (120), pero lo cierto es que hace supuesto de la cuestión:

- a) El artículo 36 LH y el 1.959 del Código Civil se desenvuelven en planos normativos distintos, en los planos autónomos de la ley civil y la ley de terceros. El precepto civil no contiene alusión alguna ni al tercero ni al Registro de la Propiedad; se refiere únicamente a los *requisitos* de la prescripción extraordinaria de inmuebles y, desde luego, está plenamente en vigor, «sólo que detendrá sus efectos en el caso excepcional del tercero registral *plusquamperfecto*» que delimita el artículo 36 de la Ley tabular (121).

La misma orientación sigue MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. El Código, en el artículo 1.959, regula únicamente la usucapión «frente a un dueño civil y no frente a un tercero hipotecario». «Ante esta orfandad de regulación es preciso refugiarse en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que sí regula este aspecto, pues al referirse a la prescripción adquisitiva en general comprende sus dos especies, la ordinaria y la extraordinaria» (122).

Debe resaltarse, además, que el artículo 1.959 ni siquiera en el plano civil es un precepto *completo*. La jurisprudencia se ha visto obligada a reiterar que la usucapión extraordinaria de inmuebles requiere, también, una posesión *en concepto de dueño*, extremo que, curiosamente, no aparece recogido en el texto codificado.

- b) En la prescripción extraordinaria de muebles, dispone el artículo 1.955 del Código Civil que se prescribirá el dominio por la posesión no interrumpida de seis años, «sin necesidad de ninguna otra condición». Sólo si el artículo 1.959 terminase —que no termina— con esta frase, cabría empezar a admitir, como apunta VILLARES (123), la posición dialéctica que se combate.

(120) ROCA SASTRE, anticipándose al examen crítico de sus argumentos, los califica de inconsistentes y fácilmente rebatibles (cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 661-663).

(121) DE LA RICA, *op. y loc. cit.*, pág. LXIV. En igual sentido, VILLARES PICO (cfr. *La posesión y el Registro*, pág. 417).

(122) *Op. y loc. cit.*, pág. 459.

(123) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 417.

- c) El artículo 1.959 está condicionado por el reenvío que el 462 del Código efectúa a la Ley tabular «para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero». La afirmación de SANZ de que este último precepto no tiene virtualidad alguna porque se refiere a una posesión inscrita que hoy carece de viabilidad (124), es una afirmación gratuita, ya que la norma civil remite inequívocamente a la legislación hipotecaria y, por tanto, en la actualidad, al artículo 36 de la ley registral (125).
- d) Ateniéndonos exclusivamente al Código Civil, la usucapión extraordinaria consumada es un título dominical inscribible (126), a través del reconocimiento del titular registral afectado o en virtud de homologación judicial, siendo, en este caso, anotable la demanda rectora (127). En consecuencia, es un título que cae dentro de la sanción del artículo 606 del texto codificado: si no está debidamente inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad, no puede perjudicar a tercero.
- e) En todo caso, admitamos, a efectos dialécticos, que el artículo 1.959, a pesar de su inserción en el Código, contiene también un *mandato hipotecario* y define los requisitos que debe reunir la prescripción extraordinaria, incluso para que pueda afectar a tercero. Pues bien, si en este punto es un precepto hipotecario, no hay obstáculo para que pueda ser derogado o modificado por una *ley posterior* —art. 36 de la reforma 1944-46— *de contenido también hipotecario*.

2. Respecto de la usucapión ordinaria, y analizado ya el artículo 1.949 del Código Civil, debemos examinar ahora, por ser un requisito de la misma (128), si cabe la buena fe frente a los pronunciamientos del Registro. Consideraré este problema, de forma autónoma, en el epígrafe siguiente.

B) EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA BUENA FE CONTRA LOS PRONUNCIAMIENTOS TABULARES

A tenor del artículo 1.950 del Código Civil, la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño

(124) Cfr. artículo 5 LH.

(125) En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, «Artículo 462», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, pág. 1238.

(126) Cfr. artículos 609 del Código Civil y 2 LH.

(127) Cfr. artículo 42.1 LH.

(128) Cfr. artículo 1.940 del Código Civil.

de ella y podía transmitir su dominio. Según el 433 del mismo cuerpo legal, se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Pues bien, las opiniones están radicalmente divididas, acerca de si es o no posible la buena fe frente a los pronunciamientos del Registro.

1. La posición negativa se apoya en dos argumentos: *a)* el principio de publicidad tabular. *b)* el principio de equidad, que demanda del prescribiente la misma diligencia que se exige al tercero hipotecario:

a) Para AZPIAZU, admitir la buena fe del usucapiente frente a las declaraciones registrales, es ir contra la doctrina de la publicidad hipotecaria: «si lo que consta en el Registro no emana hacia fuera, si los derechos inscritos pueden ser desconocidos tan alegremente, ¿en qué consiste la publicidad registral, ni cuál es su fuerza?»; «¿es que el dominio, publicado por el Registro, siendo como es el primero de los derechos reales, no ha de producir sus efectos *erga omnes*?» (129).

Para PORCIOLES, en «sistemas como el español, en que los derechos nacen fuera del Registro de la Propiedad, quien prescribe un derecho inscrito debe ser considerado de mala fe, a no ser que por la fecha de la última inscripción se haya podido llegar al convencimiento de que han existido otras transmisiones no inscritas, o de que se ha operado una usucapición anterior. En el derecho actual no puede admitirse, bajo pena de dejar completamente inoperante el Registro, que la *justa opinio quaesti domini* pueda adquirirse sin acudir a los libros del mismo» (130).

Y GARCÍA GARCÍA insiste en el mismo argumento: «si la finalidad del Registro de la Propiedad, dentro del sistema inmobiliario, es la publicidad del dominio y de los derechos reales, supone un olvido o negligencia inadmisible, no tener en cuenta la pasividad (del usucapiente) respecto a la institución registral, cuya finalidad es esa publicidad de titularidades frente al fenómeno nocivo de la clandestinidad» (131).

b) De otro lado, y apoyándose en razones de equidad, arguye LA RICA (132) «que debe existir cierto paralelismo entre las realidades objetivas que sirven para excluir al titular registral del ámbito protector de la buena fe y aquellas otras que permiten negar buena fe al poseedor». «Dada esta simetría, el juzgador, al apreciar los hechos, debe dar un tratamiento equitativo a

(129) «Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario», en *RCDI*, año 1946, págs. 851 y 862. Con igual argumentación en: «¿Se da la prescripción contra el titular registral?», en *RCDI*, año 1946, págs. 736 y 737.

(130) *Op. y loc. cit.*, pág. 174.

(131) *Op. cit.*, Tomo III, pág. 133.

(132) Cfr. «La buena fe y la publicidad del Registro», en *RCDI*, año 1949, págs. 556-558.

los problemas de apreciación de la buena fe en un caso y en el otro. Lo que no podrá hacer —pues realmente implicaría una subversión del buen orden jurídico— es dar trato más favorable al adquirente sin título inscrito que al adquirente que inscribe su derecho sobre la base de una inscripción anterior».

Si al titular registral —a efectos de la buena fe— se le exige investigar la situación posesoria extratabular, también el usucapiente «debe estar obligado a conocer la situación jurídica de la finca que va a adquirir, y existiendo una oficina pública, como el Registro de la Propiedad, ese futuro usucapiente pudo y debió (consultarlo) antes de realizar su adquisición. «Sería inconcebible hacer de peor condición al titular inscrito que a un usucapiente civil cuyo título suele ser un documento privado. Si al primero, para considerarle de buena fe y ser mantenido en su adquisición, se le exige una buena fe pluscuamperfecta, esto es, que ignore el hecho posesorio ajeno y que no haya habido motivos suficientes o causas racionales para poder conocerlo, al segundo también debe exigírsele, por lo menos, la diligencia de un buen padre de familia, o sea conocer el estado registral de la finca adquirida».

En estos mismos argumentos abunda también GARCÍA GARCÍA: «es absurdo que, cuando se plantea un conflicto de intereses —como lo califica la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944— se exija al tercero hipotecario una diligencia en la buena fe, y en cambio, no se exija la misma o mayor diligencia en la buena fe del usucapiente. Se trataría de una desigualdad jurídica inadmisibles, pues en la misma situación se aplicarían dos varas de medir diferentes» (133).

2. Postura radicalmente diferente mantienen SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE (134).

Para SANZ, la apreciación de PORCIOLES de que quien prescribe contra un dominio inscrito no puede tener buena fe es un punto de vista difícil de admitir porque se opone a las bases del sistema inmobiliario español: es incompatible con el concepto de la buena fe (arts. 433 y 1.950 del Código Civil); es asimismo incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción en nuestro Derecho; olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición (art. 609 del Código Civil); se desentiende de la posibilidad de inexactitud registral; parte de una base falsa como es la de que el poseedor no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, sea el actual u otro anterior, siendo así que la experiencia demuestra que lo que ocurre es normalmente lo contrario (135).

(133) *Op. cit.*, Tomo I, págs. 132 y 133.

(134) También para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS «cabe, en principio, incluso la buena fe contra el Registro, pues no hay presunción de que el poseedor lo conozca» (*op. cit.*, Tomo I, pág. 144, nota 41).

(135) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, Tomo I, pág. 548, nota 55.

ROCA SASTRE (136) considera que, en la usucapición, el concepto de buena fe es autónomo y ajeno a los pronunciamientos tabulares. Y argumenta del modo siguiente: *a)* El artículo 36 LH establece categóricamente que frente al titular inscrito que no tenga la consideración de tercero, la usucapición se produce de acuerdo *exclusivamente* con las reglas del Derecho civil. *b)* Dicho precepto admite la prescripción *contra tabulas* sin distinguir entre usucapición ordinaria y extraordinaria. *c)* Hay que diferenciar entre el estado psicológico de buena fe y la conducta negligente o culposa: el artículo 1.950 del Código Civil exige «la buena fe a secas», sin conexión alguna con la idea de culpa leve o lata. *d)* La inscripción del usucapido no implica juego alguno de afección para el usucapiente debido a que éste «no adquiere en virtud de un negocio jurídico de tráfico», sino que accede a «una propiedad o derecho real nuevo».

Los tres primeros argumentos tienen una solidez considerable. El último, sin embargo, puede ser cuestionado. La buena fe ha de considerarse en relación al título; se cree o se ignora respecto del título (137) y, si bien —como señala Díez-PICAZO— la usucapición es un modo originario de adquirir, «no produce el efecto adquisitivo *ex nihilo*»; en la mayor parte de los supuestos «el usucapiente lleva a cabo un negocio adquisitivo, que, en cuanto tal, puede quedar sometido a las reglas de las adquisiciones derivativas» (138).

Por mi parte, quisiera partir de dos consideraciones generales y una distinción.

1. *En cuanto a las consideraciones generales*

- a)* La concurrencia de buena o mala fe, como es sabido, constituye una cuestión de hecho reservada a la facultad resolutoria de las Salas de Instancia (139). Pero esto no impide la búsqueda y fijación de pautas objetivas que contribuyan al correcto enjuiciamiento de la cuestión.
- b)* La buena fe del usucapiente a que se refiere el artículo 1.950 del Código Civil implica una *fe racional*. Una *creencia irracional* en los extremos a que se refiere el precepto no habilita para usucapir en forma ordinaria (140). Y esto por las siguientes razones:

(136) Cfr. *op. cit.*, Tomo I, págs. 659 y 660.

(137) Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, pág. 621.

(138) Cfr. *op. cit.*, vol. II, págs. 584 y 585.

(139) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo: 15 de febrero de 1984, 29 de noviembre de 1985 y 12 de junio de 1987.

(140) DE LA RICA recuerda cómo el ponderado MANRESA, hace mucho tiempo, había sostenido que «la buena fe que concurra en el poseedor debe ser fundada, no bastando para ello una creencia cualquiera destituida de fundamento» (*op. y loc. cit.*, pág. 554. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XII, pág. 804).

- Porque el Derecho Civil toma como paradigma el *sujeto social racional*, ya que se trata de un Derecho que regula las relaciones ordinarias y más generales de la vida en las que el hombre se manifiesta como tal (141). Y de ahí que obste a la usucapión el error *inexcusable* del poseedor: *probabilis* (excusable) *error possidentis usucapioni non obstat* (142).
- Porque los artículos 1.950 y 433 del Código, no sólo reclaman la *fides*, la confianza o creencia, sino la *bona fides* y por tanto exigen la racionalidad inherente a la condición humana. «La palabra *bona* —nos dice ROCA SASTRE— significa práctica, uso, conducta, proceder o modo de producirse propio de un hombre honrado o leal, concebido éste como tipo abstracto, general o ideal, extraído de la masa o serie de personas normales» (143).
- Porque si es cierto que los menores e incapacitados pueden adquirir la posesión, en cuanto tengan una voluntad lo bastante madura para dar origen a un poder de hecho sobre la cosa (144), es, sin embargo, en sus representantes legales —dado el carácter racional de la *fides*—, donde debe radicar o residir la buena fe (145).
- En cualquier caso, el juzgador, precisamente porque juzga, lo hace desde parámetros racionales. Y por eso, difícilmente estimará la buena fe si la presunta convicción o creencia del usucapiente, resulta irracional desde la perspectiva del hombre corriente. Es decir, la misma irracionalidad de la creencia contribuiría a demostrar su inexistencia.

2. En cuanto a la distinción que debe hacerse

En mi opinión, en el problema que nos ocupa, deben distinguirse dos cuestiones: a) Si el usucapiente, para formar la creencia a que se refiere el

(141) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, Tomo I, pág. 25.

Así, el artículo 1.104 del Código Civil define la culpa como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; el artículo 1.106 habla de los daños que se hayan podido prever; el 1.253 se remite a las *reglas del criterio humano*, y el 1.267 se refiere al temor *racional y fundado*.

(142) D. 41.10.5. Cfr. DOMINGO Y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 108.

(143) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 520.

(144) Cfr. MARTÍN PÉREZ, «Artículo 443», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, año 1980, Tomo VI, pág. 197.

(145) Para la buena fe del artículo 34 LH, cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 537. CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, Tomo I, pág. 262.

artículo 1.950 del Código Civil, está obligado a consultar el Registro. *b)* Si puede sostener su buena fe a pesar de que *conoce* que los pronunciamientos tabulares son contradictorios o incompatibles con su justo título.

a) Para la primera cuestión, la respuesta debe ser negativa. El usucapiente no está obligado a consultar el Registro. Y esto por dos razones:

- Porque el artículo 1.949 del Código Civil —al igual que la Ley Hipotecaria vigente y todas las anteriores— admite que pueda iniciarse y consumarse la usucapición ordinaria frente a un titular inscrito. Esto quiere decir, cuando menos, que el prescribiente *que no ha consultado el Registro*, puede tener buena fe y prescribir en forma ordinaria contra un título intabulado. El artículo 1.949 implica que la publicidad registral no emana al exterior de modo fatal, excluyendo en *todo caso* la buena fe del usucapiente.
- Porque en el sistema español la inscripción es voluntaria. El Registro de la Propiedad no contiene un censo completo de titularidades dominicales. Por eso, no hay razón alguna para exigir del prescribiente la consulta a un archivo u organismo, que no suministra información cumplida sobre los extremos atinentes al caso.

La tesis que reclama al usucapiente la diligencia o buena fe cualificada que al tercero demanda el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, no puede admitirse. Como ha declarado la jurisprudencia (146), la buena fe de los artículos 433 y 1.950 del Código, no es un *estado de conducta* sino un *estado de conocimiento*. Los requisitos de la usucapición se rigen exclusivamente por el Derecho civil, sin interferencias tabulares, y áquel «exige la buena fe a secas», «es decir sin conexión alguna con la idea de culpa, ni leve ni lata» (147).

No obstante, conviene hacer dos salvedades, advirtiendo que no se apoyan ni en el artículo 1.950 del Código Civil ni en consideraciones tabulares, sino en el principio general de exigencia de la buena fe (148). Porque, en efecto, hay que distinguir con Díez-Picazo, entre la buena fe como «concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas (entre ellas, el art. 1.950) para describir o delimitar un supuesto de hecho» y la buena fe que «se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho» y que exige un comportamiento leal en el concierto y desenvolvimiento de las relaciones negociales, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones (149).

(146) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero de 1981.

(147) ROCA SASTRE, *op. cit.*, Tomo I, pág. 660.

(148) Cfr. artículo 7.1 del Código Civil.

(149) Cfr. *Prólogo* a FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1977, págs. 11 y 12.

- El progresivo arraigo de la institución tabular en la conciencia jurídica del país, el ingreso masivo de la propiedad inmueble en el Registro, la generalización de la consulta a los libros registrales en la fase previa a la formalización de los negocios inmobiliarios, pueden favorecer, en el futuro, una tendencia jurisprudencial que reclame del usucapiente —a efectos de la buena fe— el examen de los libros fundiarios. Porque la buena fe, como principio general de orientación ética, exige el comportamiento «adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible» (150), «el proceder honesto, esmerado, diligente» que corresponde al arquetipo de conducta social (151).
- Que en los casos excepcionales o difíciles de materializar en la práctica, en que el usucapiente se acoge a la protección registral, no puede, en justa correspondencia, ignorar los pronunciamientos del Registro. Es el caso de la sentencia de 7 de junio de 1988:

A intabula una finca en el Registro por un título de donación, «con la obligación de pagar los derechos legitimarios a sus demás hermanos». Sus herederos B y C, previa registración del título sucesorio, venden a D la referida finca, «libre de gravámenes». D inscribe, si bien se hace constar en el asiento la afección del inmueble a la expresada carga. Planteada la cuestión de si D «ha usucapido o no la propiedad que en dichas fincas corresponde a los hermanos del donatario como consecuencia de los derechos legitimarios», la Sala, acogiendo los argumentos de la Sentencia recurrida, entiende que no ha habido buena fe por cuanto el adquirente de la finca en cuestión «sabía o *podía saber* antes de la compra del expresado predio, por la publicidad del Registro de la Propiedad, que la finca estaba afecta al gravamen del pago de las legítimas de los hermanos del donatario».

b) Respondiendo a la segunda cuestión, si el usucapiente *conoce* los pronunciamientos del Registro y estos son contradictorios o incompatibles con su justo título, entiendo que no puede invocar buena fe. Y esto, también por dos razones:

- Porque *intelectivamente* no puede sustraerse al mandato del artículo 38 LH: a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro, existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (152).

(150) DIEZ-PICAZO, «Prólogo...», *op. y loc. cit.*, pág. 14.

(151) DIEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, vol. I, pág. 51.

(152) Para el estudio de las relaciones entre la presunción del artículo 28 LH y la presunción del artículo 448 del Código Civil, véase GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, Tomo I, págs. 683-686.

- Porque el artículo 1.950 del Código Civil exige del usucapiente una *creencia*. Y una creencia supone por definición —diccionario de la Real Academia— el *firme* asentimiento y el *completo* crédito que se presta a un hecho o noticia como seguros o ciertos. Si los pronunciamientos del Registro son contrarios o incompatibles con la posición jurídica del usucapiente, éste no tendrá ya una creencia porque no podrá juzgar *firme* su título ni dar *completo crédito* a la titularidad dominical y poder dispositivo de su *tradens*. Y por eso, es regla o principio consolidado en Derecho, que la posesión *dubitativa* no aprovecha para la prescripción (153).

Frente a este criterio sólo cabe admitir una excepción: aquellos casos en que por la notable antigüedad del último asiento registral vigente pueda llegarse *racionalmente* al convencimiento de que han existido transmisiones posteriores no inscritas (154).

Por otra parte, la exclusión de la buena fe cuando el usucapiente conoce los pronunciamientos tabulares tiene hoy importantes repercusiones prácticas, a tenor del artículo 175 RN (155), en el caso de que hubiera adquirido por escritura pública:

- Antes de autorizar cualquier operación de transmisión o gravamen de bienes inmuebles, el Notario deberá haber obtenido información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes, información que se *hará saber a los otorgantes y se reflejará en la parte expositiva de la escritura*.
- Además, y en todo caso, el Notario hará advertencia expresa de que sobre las manifestaciones de la parte transmitente, *prevalecerá la situación registral* existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada.

En materia de prescripción, los pronunciamientos del Registro, en cuanto conocidos por el usucapiente, entroncan con nuestro Derecho histórico y, en cierta medida, equivalen a la advertencia a que se refiere la Ley X del Título XXIX de la Partida III: «Desapoderado seyendo alguno de su cosa, si aquel que fuesse tenedor de ella, la quisiessse vender, o cambiar, o dar a otri, si este cuya es, dixese al que la quiere comprar, o auer por alguna destas razones, que aquel que gela quiere vender, o dar, o cambiar, non lo puede fazer, nin ha derecho en ella; si despues desto la comprasse, o la ouiesse en otra manera, non auria buena fe en tenerla; e maguer fuesse tenedor della tres años, non la podria ganar. Ca entiendese que la comparia, o la auria maliciosamente, pues que asi fuese apercebido».

(153) Cfr. LÓPEZ DE HARO, *Diccionario de reglas, aforismos y principios del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 271.

(154) En este sentido, PORCIOLES, *op. y loc. cit.*, pág. 174.

(155) Redactado en la forma que establece el artículo primero del Real Decreto de 18 de diciembre de 1992.

C) LOS REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO

Frente al titular inscrito que haya adquirido a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, *prevalece* la usucapición consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, en dos únicos supuestos:

- Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar la adquisición, que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
- Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer tal posesión de hecho, la consienta expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición.

En esta materia, la redacción del artículo 36 LH plantea numerosas dudas interpretativas.

1. *El conocimiento de la situación posesoria*

El tercero resulta perjudicado por la usucapición, no sólo cuando, al tiempo de adquirir, conoce la posesión del usucapiente, sino también cuando en esa fase temporal tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla.

Esto agrava, sin duda, la posición del tercero, al que ahora se le exige —a diferencia del art. 34 LH— una buena fe *cualificada* que, siendo de apreciación más compleja, aumenta el nivel de discrecionalidad de los Tribunales, en detrimento de la seguridad del tráfico (156).

Desde luego, sólo en supuestos excepcionales, conocerá el adquirente la posesión del prescribiente, porque nadie *compra un pleito* a precio de mercado, ni nadie que quiera adquirir la propiedad está dispuesto a abonar su justa estimación para convertirse en mero cesionario de una acción reivindicatoria (157). Por el contrario, civilistas e hipotecaristas, han exagerado el alcance de la expresión *medios racionales y motivos suficientes*, hasta dejar desguarnecido al tercero.

(156) En este sentido, VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, pág. 424.

(157) Vid., el interesante estudio de PARDO NÚÑEZ, «La transmisión de la propiedad por el propietario no poseedor. Defensa del artículo 36 de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, año 1996, págs. 526-534.

Se dice así que siempre existirán esos medios o motivos (158); que los Tribunales siempre resolverán la cuestión a favor del usucapiente (159); que todo adquirente dispone de medios racionales para descubrir la posesión enervadora de su derecho (160); que el prescribiente siempre puede probar que al tercero le era posible saber o averiguar el hecho posesorio (161).

La opinión de SANZ (162) es, si cabe, más rigurosa. A su juicio, siempre hay motivos suficientes para conocer la situación posesoria de la finca. La *culpa lata* excluye la buena fe del tercero: no basta que actúe con la diligencia de un buen padre de familia, ha de exigírsele «el especial cuidado que un hombre extremadamente celoso de sus negocios pone en los mismos» (163). Todo ello, nos dice, «refuerza extraordinariamente la posición del poseedor y *priva de todo valor a las complicadas normas del artículo 36*, sin que por ello se pueda considerar como un defecto de este precepto, sino como consecuencia de la poderosa fuerza de la usucapición y de la imposibilidad de proteger contra ella al adquirente de la finca» (164). ROCA, no obstante, atenuando este rigorismo, entiende que el artículo 36 LH se refiere a «la negligencia crasa e inexcusable propia de un hombre abandonado» y excluye únicamente la buena fe del tercero cuando su concreta adquisición «se ha *producido en circunstancias tales*, que permitan afirmar que el mismo contó con medios o elementos racionalmente *bastantes* o que tuvo motivos o razones *suficientes* para poder conocer, saber o enterarse de la que la finca o derecho estaba poseído en concepto de dueño por otra persona» (165).

En mi opinión, hay que volver al texto del artículo 36 y analizarlo con ponderación.

El tercero perderá la protección registral cuando ante sí, ante los ojos de un hombre normal y *sin actividad indagatoria de clase alguna*, se desplieguen o aparezcan datos o elementos *inequívocos* que muestren una posesión contradictoria en concepto de dueño (166). Por tanto, en el limitado espacio de tiempo que va desde el inicio de los tratos preliminares hasta la perfección

(158) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 544.

(159) Cfr. DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, pág. LXII, nota 40.

(160) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *op. y loc. cit.*, pág. 461.

(161) Cfr. VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, pág. 424.

(162) Cfr. «Instituciones...», págs. 552 y 553.

(163) *Ibidem*, pág. 553. Por contra, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1984, se refiere a *una conducta teñida de grave negligencia*.

(164) *Ibidem*, pág. 552.

(165) ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 668.

(166) Para BERGAMO sólo puede decirse que ha existido mala fe por parte del tercero inscrito «cuando resulte claro y de una manera ostensible» que hay una prescripción en curso o consumada, o un poseedor en concepto de dueño que está en relación directa y constante con la finca (cfr., *op. y loc. cit.*, pág. 176).

del contrato (167), la posesión del usucapiente debe revelarse y aparecer ante el tercero a través de signos que expresen un ejercicio manifiesto y que se correspondan con un modelo de comportamiento dominical (168). Sólo entonces habrá *motivos suficientes* (169) para conocer de *forma inmediata y directa*.

Cuestión muy distinta de la anterior, es la de si el tercero ha de realizar alguna actividad indagatoria y cuándo debe hacerlo. Aquí ya no hay un conocimiento directo e inmediato. Motivos, fines y medios aparecen engarzados de forma secuencial. El fin, como objetivo a conseguir, exige ahora desplegar medios o recursos instrumentales. Pero el fin no es un concepto autosuficiente ni surge por sí mismo: precisa de unos motivos o razones que induzcan a su consecución, porque *motivo* es la causa que mueve a actuar, que mueve para una cosa, que determina que se haga algo (170).

En el artículo 36 LH, la actividad indagatoria (medios) dirigida a conocer la verdadera situación posesoria (fin), ha de responder, según sus propios términos, a una motivación suficiente. Y no podrá haber más motivo que la *sospecha racional* de una posesión anómala o contradictoria (171). Ahora bien, en defecto de aquellos datos o elementos inequívocos a que me refería antes, esta situación de sospecha difícilmente se produce en la práctica.

La disociación entre titularidad dominical y posesión en concepto de dueño representa una escisión patológica (172) que, por serlo, no tiene por qué ser prevista; el tercero adquiere generalmente a través de una tradición instrumental en la que no se ha hecho reserva o salvedad alguna (173); adquiere, además, de un *tradens* en quien debe presumirse la buena fe (174) y de un titular inscrito que tiene a su favor la presunción posesoria del artículo 38 LH, es decir, de un sujeto que, o bien debe presumirse que tiene la posesión material (175), o bien debe ser tratado como un propietario-posee-

(167) Me refiero, obviamente, al modelo *standard* de negociación contractual.

(168) Para posesión pública y en concepto de dueño, véase Díez-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, págs. 483 y 472.

(169) *Suficientes, bastantes, precisos, sin sobra ni falta* (cfr. Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*).

(170) Cfr. «Diccionario del Español Actual, Diccionario de la Lengua Española, Gran Diccionario Larousse», *op. cit.*

(171) Para LACRUZ BERDEJO no hay obligación alguna de emplear medios extraordinarios para comprobar el estado posesorio de la finca y «basta observar, *si no hay sospechas de una situación anormal*, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio» (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 268).

(172) Cfr. artículo 348 del Código Civil.

(173) Cfr. artículo 1.462 del Código Civil.

(174) Cfr. artículos 7 y 1.258 del Código Civil.

(175) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios...», *op. cit.*, págs. 196 y 197.

dor (176). En estas condiciones, difícilmente puede surgir una sospecha racional y, por tanto, sólo en supuestos excepcionales podrá exigirse al tercero una actividad indagatoria añadida.

Respecto de los *medios racionales* para conocer, conviene, también, hacer una precisión complementaria. En el proceso averiguatorio de la situación posesoria, ocupa lugar destacado la interlocución con aquellas personas que, por su asentamiento convivencial en el lugar donde radican los inmuebles, disponen de un conocimiento privilegiado acerca de su estado y circunstancias. Ahora bien, en los momentos actuales, la contratación se verifica en un contexto interespacial y al margen de círculos locales, y por tanto, será muy frecuente que el adquirente *carezca de arraigo social* en el lugar de situación de los predios. En estas condiciones, difícilmente podrá identificar a interlocutores cualificados, dispuestos, además, a proporcionar información fiable.

2. Contenido del conocimiento posesorio, referencia temporal y prueba

a) El tercero, para ser perjudicado por la usucapión, ha de tener un conocimiento cierto o potencial de que la finca o derecho está poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

En la determinación de cuál sea el significado de la expresión *en concepto de dueño* importa más, como señala Díez-PICAZO, la materialización de una conducta que la existencia de una voluntad. Poseedor a título de dueño será —nos dice— la «persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma» (177). Posesión a título de dueño —puntualiza RUIZ-RICO— es la «posesión en concepto de titular del derecho de propiedad» que se exterioriza a través del ejercicio de las facultades inherentes al dominio (178).

La tenencia de la posesión *en concepto de dueño* es una situación sometida a la apreciación del Juez (179). Y no será fácil para el usucapiente probar el conocimiento del tercero acerca de este extremo porque no se trata de un problema físico (180) sino de una circunstancia que implica enjundia jurídica y supone información compleja. Como señala ROCA (181), una persona puede mantener contacto posesorio con la cosa no sólo a título de dueño, sino de

(176) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 262-266.

(177) *Op. cit.*, vol. II, pág. 472.

(178) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, en *Curso de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, vol. III, pág. 90.

(179) Cfr. VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, págs. 431-432.

(180) Cfr. *ibídem*, pág. 431.

(181) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 665.

titular de un derecho real limitado o incluso de mediador posesorio o de simple detentador.

Sobre este tema casi todo está dicho y por eso quisiera plantear ahora la cuestión de si es posible admitir que el usucapiente posee a título de dueño, cuando es el usucapido el que viene abonando los impuestos y cumpliendo las obligaciones fiscales correspondientes a la titularidad dominical del inmueble.

En este punto, la Constitución española proyecta sobre la prescripción una sombra inquietante. No hay que olvidar que conceptos jurídicos tradicionales o típicos «pueden resultar interpretados —incluso afectados o integrados— a través de los principios o normas constitucionales» (182).

El deber de los ciudadanos de contribuir a los gastos públicos (183), constitucionalmente hablando, se remonta al artículo 8 de la Constitución de Cádiz de 1812 (184) pero, en lo que afecta a los impuestos derivados del dominio, se trataba entonces de una obligación *externa* al propietario. En los momentos actuales, el sistema tributario forma parte de la Constitución económica, que es, a su vez, manifestación y emanación del Estado social (185), y si bien se reconoce el derecho a la propiedad privada, es *la función social* de este derecho la que delimita su contenido (186).

La función social —nos dice ÁLVAREZ CONDE, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional— (187), no es una mera limitación externa, sino que *forma parte del contenido esencial del dominio*. El derecho de propiedad «se configura y protege... como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, *como un conjunto de derechos y obligaciones* establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad» (188). Entre estos deberes, que forman parte del estatuto de la propiedad y su estructura interna, *está obviamente la satisfacción de las obligaciones fiscales*. De aquí se extraen dos consecuencias:

- Que, en principio, no puede poseer *a título de dueño* el usucapiente que se sustrae al cumplimiento de esas obligaciones, consintiendo que sea

(182) ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El Derecho Civil Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 76 y 77. A la necesidad de proyectar la Constitución sobre el régimen dominical del Código se refiere también ALONSO PÉREZ, «La propiedad en el Código Civil», en *Historia de la Propiedad en España*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 505 a 507.

(183) Cfr. artículo 31.1 de la Constitución.

(184) En igual sentido, el artículo 13 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789 y la Sección 8.ª del artículo 1 de la Constitución norteamericana de 1787.

(185) Cfr. Artículo 1.1. de la Constitución. Vid. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, vol. I, pág. 288.

(186) Cfr. artículo 33.1 de la Constitución.

(187) Cfr. Sentencia 37/87, de 26 de marzo.

(188) *El régimen político español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 209. En igual sentido, TORRES DEL MORAL (*op. cit.*, vol. I, págs. 313 y 314).

el usucapido quien efectúe las declaraciones tributarias y abone los impuestos correspondientes a la titularidad dominical del inmueble.

- Que, en todo caso y mientras persista esta situación, los posibles actos de dominio que pudiera realizar el prescribiente, presentan, por esta razón, *un carácter equívoco*. Y, desde luego, en ausencia de actos dominicales directamente perceptibles por el tercero, queda éste exonerado de toda actividad indagatoria acerca de la situación posesoria extratabular.

Desde esta perspectiva resultan, cuando menos desafortunadas, las palabras de PORCIOLES, al describir en forma gráfica al usucapiente como un rústico vestido «con su clásico atuendo de labrador... y sin más preocupaciones burocráticas que la de pagar *o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales*» (189).

b) Para que el tercero se vea afectado por la usucapión debe tener un conocimiento real o potencial de la situación posesoria anómala *antes o al tiempo de perfeccionar su adquisición*. El punto de conexión temporal es, pues, el momento en que se efectúa extrarregistralmente el acto adquisitivo (190).

La tesis doctrinal que desplaza esa conexión temporal al momento de la presentación del título en el Registro, basándose en que el tercero, para serlo, debe tener su título registrado, choca frontalmente con los términos inequívocos del artículo 36 LH (191).

c) El conocimiento efectivo o posible por parte del tercer adquirente de una situación posesoria anómala debe *demostrarse* por el usucapiente. Al igual que en el caso del artículo 34 LH, el tercero tiene a su favor —dado los claros términos del precepto comentado— la presunción *iuris tantum* de que ha adquirido con la buena fe cualificada que reclama el precepto legal (192).

(189) *Op. y loc. cit.*, pág. 188.

(190) Así en la compraventa, al otorgamiento de la escritura pública. En este sentido, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, págs. 669 y 670.

Ciertamente, en el caso de una usucapión consumada, el tercero trae causa *a non domino*, pero, a juicio de ROCA, «cuando se afirma que la buena fe tiene que tenerla el tercero en el momento de la *adquisición*, este concepto no hay que entenderlo literalmente en el sentido de una adquisición ya consumada, sino en el de otorgamiento de un *acto de adquisición* o, mejor dicho, de un *negocio jurídico de disposición*» («Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 545).

(191) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, págs. 669 y 670, y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, Tomo III, pág. 144. El propio SANZ FERNÁNDEZ, patrocinador de esta tesis, se ve obligado a reconocer que la postura que aquí se mantiene se ajusta «exactamente a las palabras de la Ley» (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 551).

(192) En contra, SANZ FERNÁNDEZ, desconociendo la redacción inequívoca del texto legal (cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, Tomo I, pág. 553).

3. Oposición a la posesión contraria. Cómputo del plazo

El tercero, a pesar de gozar de la buena fe cualificada que reclama el artículo 36 LH, pierde también la protección del Registro si consiente la posesión de hecho del usucapiente *durante todo el año siguiente a la adquisición*.

El cálculo de este plazo ha dado lugar a diversas interpretaciones. SANZ (193), coherente con su teoría acerca del momento de la buena fe, lo entiende computable a partir de la inscripción en el Registro en favor del titular. GARCÍA GARCÍA mantiene este mismo criterio, si bien por motivos distintos: el apartado *b)* del artículo 36 LH se refiere al adquirente *inscrito*; y esto «significa que no basta el cómputo a partir de la escritura pública sino que ha de ser mientras que el tercero sea tal, es decir, “adquirente *inscrito*”. Y como, mientras no inscriba no es “adquirente *inscrito*”, es necesario que se cumplan dos requisitos: la adquisición en escritura pública y la adquisición *a non domino* a través de la inscripción» (194).

A su vez, ROCA SASTRE parece sostener: *a)* que el plazo de un año «se cuenta a partir del comienzo del día siguiente al de la adquisición», entendiendo que ésta se produce, al igual que en el caso de la buena fe, al formalizarse la tradición instrumental (195). *b)* que «aunque el artículo 36 habla aquí de “adquirente *inscrito*” no hay que entenderlo en el sentido de que dicho adquirente ha de haber inscrito su adquisición dentro de aquel plazo de un año, sino que la ley emplea tal concepto como equivalente al de titular registral» (196). *c)* que el tercero, durante el año siguiente a su adquisición, puede no haberse enterado de la situación posesoria anómala y, como para consentir una cosa es preciso lógicamente conocerla —pues mal puede consentirse lo que se desconoce o ignora— no puede estimarse que el tercer adquirente haya podido consentir una posesión ignorada por él; en consecuencia, para cumplir el requisito del apartado *b)* del artículo 36 LH, no es necesario oponerse a una posesión de hecho que se desconoce, basta *manifestar de algún modo su voluntad de no tolerarla* (197).

Por mi parte, quisiera hacer las siguientes reflexiones:

- a)* El artículo 36 LH es el resultado de una transacción entre civilistas e hipotecaristas, entre posesión y publicidad tabular (198), pero, como intuye ROCA, es una norma que considera «imperdonable que un

(193) Cfr. «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 554.

(194) *Op. cit.*, Tomo III, pág. 197.

(195) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 673 *in fine*.

(196) *Ibidem*, Tomo I, pág. 670, nota 2.

(197) Cfr. *Ibidem*, Tomo I, págs. 670-672.

(198) Cfr. PORCIOLES, *op. y loc. cit.*, pág. 188.

adquirente no se entere dentro del año siguiente de adquirido el inmueble que éste es objeto de una posesión contraria» (199).

- b) Cuando se interpreta un precepto, debe presumirse su coherencia. El artículo 36 habla de *adquisición* en su párrafo primero y en sus apartados a) y b). Si en los dos primeros casos se ha entendido por acto adquisitivo el otorgamiento de la escritura pública, lo mismo hemos de hacer para el tercer supuesto. Lo que no parece hermeneúticamente correcto, es referir la voz *adquisición*, bien a la formalización de la tradición instrumental, bien a la inscripción en el Registro, según convenga a los intereses del tercero. Y no se diga que en unos párrafos el artículo 36 habla de la buena fe cualificada y en otros de la oposición a la situación posesoria, porque *dentro del propio apartado b)* se utiliza la única y misma palabra *adquisición* referida a los dos supuestos.
- c) Respecto de la expresión *consentir*, tiene razón ROCA al decir que mal se puede aceptar o dar por buena una situación posesoria que se desconoce, pero su propuesta alternativa tropieza con el mismo escollo: nadie manifiesta la voluntad de no tolerar una cosa, si ignora la cuestión sobre la que debe mostrarse intolerante. Una vez perfeccionada la adquisición, el conocimiento o la ignorancia que el tercero pueda tener acerca de una posesión contradictoria, es irrelevante. La palabra *consentir* debe entenderse como *soportar* expresa o tácitamente, es decir, mediante aceptación o en silencio (200). Desde la perspectiva del espectador, en este caso la ley, se puede decir que una persona *soporta* una situación, *aunque la propia persona la ignore*, del mismo modo que el titular de un predio *soporta* una servidumbre aunque desconozca el gravamen. Se suele olvidar en esta materia, que el artículo 36, según el Preámbulo que acompaña al Proyecto de Ley de Reforma de 1944, estableció precisamente el plazo de un año porque es «el mismo que fija la legislación vigente para la adquisición o pérdida de la posesión», pérdida o adquisición que se produce fatalmente, con independencia del conocimiento o ignorancia del perjudicado (201).
- d) La interpretación literal del apartado b) del artículo 36, al referirse al adquirente *inscrito*, reclama que dicho adquirente, para gozar de la protección registral, ha de inscribir su título en el plazo de un año a contar desde el otorgamiento de la escritura pública y manifestar,

(199) «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 671.

(200) Voces *consentir*, *soportar*, *tácito*, *tácitamente* en Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

(201) Cfr. artículos 438 y 460.4 del Código Civil.

dentro del mismo plazo, su oposición a la posesión contradictoria. ROCA (202), por el contrario, entiende que la expresión *adquirente inscrito* equivale a *titular registral* y, por tanto, que el tercero también quedaría protegido en esta hipótesis o secuencia: acto adquisitivo —oposición a la situación posesoria dentro del año siguiente— inscripción del título de adquisición sin sujeción a plazo. Contra esta teoría, milita la interpretación fiel de la locución *adquirente inscrito*, el hecho de que el párrafo comentado utilice la expresión *consienta* y no la de *consienta o haya consentido* y el hecho de que esta hipótesis vulnera elementales exigencias de seguridad jurídica, al quedar la determinación de quien sea el verdadero titular dominical de la finca al libre arbitrio del adquirente, que puede decidir, a su voluntad, el sí y el cuándo de la registración (203).

D) VALORACIÓN CRÍTICA

1. La doctrina más autorizada considera que la usucapión descansa en una fundamentación objetiva: el aseguramiento de las situaciones jurídicas y la tutela de la detentación posesoria, que implica una investidura a favor del poseedor y la creación de una apariencia de titularidad (204). Ahora bien, la solidez de esta fundamentación —y *con ella la posición y los intereses de los usucapiantes*— se debilita y resiente con el establecimiento de sistemas registrales inspirados en los principios de legalidad, fe pública y legitimación (205), porque su finalidad es precisamente la de garantizar la seguridad

(202) Cfr. «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 670, nota 2.

(203) Si el tercero, con buena fe cualificada, adquiere en 2000 una finca ya usucapida, se opone a la posesión del usucapiente —no necesariamente en forma judicial— durante el año siguiente a la adquisición, pero inscribe en el 2008, mucho me temo que su demanda, entablada en este último año, encuentre escaso eco ante los Tribunales. Además, en este caso, el adquirente quedaría sujeto al riesgo de que el usucapiente, *antes de la inscripción*, entablase la acción declarativa correspondiente.

(204) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, págs. 588 y 589.

(205) Un destacado estudioso de la posesión —HERNÁNDEZ GIL— constató hace ya muchos años el cambio de signo de su función social: «Tampoco el cometido de exteriorización (presuponiendo el derecho del poseedor, facilitando la prueba o fundando una apariencia favorecedora de terceros) es suficientemente justificativo de la institución posesoria en el plano de las realidades sociológicas. En particular, la función de publicidad que le fue confiada antiguamente, hace mucho tiempo que tiende a ser reemplazada.

En relación con la identificabilidad y por razones de seguridad jurídica, surgió la publicidad inmobiliaria formal que desembocó en la creación del Registro de la Propiedad... La documentación de las adquisiciones facilita la prueba de la titularidad mejor que la posesión necesitada siempre del concurso de la prueba testifical. La minuciosa reglamentación de todas las relaciones reduce los márgenes de las estrictas situaciones de

del tráfico jurídico, publicar *erga omnes* el estado civil de la propiedad, delimitar la titularidad dominical de los predios y definir las cargas y gravámenes que les afectan.

2. Las soluciones adoptadas por el artículo 36 LH son el resultado de una componenda transaccional (206), cuyo fracaso se pone de manifiesto a la luz de los juicios enfrentados que han merecido. Unos las consideran ajustadas a los postulados de un buen régimen registral (207) y juzgan que la construcción del precepto, asentadas sobre la buena fe, es «una maravilla de ponderación y armonía» (208). Para otros, la norma representa un notable retroceso de nuestro sistema inmobiliario y altera gravemente el principio de buena fe haciéndolo pasar de la esfera de la experiencia a la conducta normativa (209) y dando por resultado la figura de un tercero, imposible por *pluscuamperfecto* (210).

3. El artículo 36 LH consagra la prevalencia de los intereses del usupiente sobre los pronunciamientos del Registro, de un modo que resulta hoy

hecho atendidas tradicionalmente a la posesión» (*La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, págs. 207 y 208).

(206) PORCIOLES, Presidente de la Comisión para el estudio del Proyecto de reforma, describe así la situación creada: «Al fijar las limitaciones con que debía aceptarse la prescripción contra el Registro, se manifestaron dos criterios, que parecían irreconciliables. Sostenían unos, dados la situación especial de nuestro agro, el nivel cultural y hábitos jurídicos en grandes zonas del territorio nacional, que la prescripción *contra tabulas* debía ser reconocida en todo caso, salvo en los derechos espiritualizados, como la hipoteca, que no tiene contacto material con la cosa objeto de la prescripción. Otros aducían que la prescripción contra el Registro, no podía perjudicar a terceros. Lo contrario —se decía— era barrenar el Registro. La inevitable discusión, desarrollada con gran objetividad, altura de miras y con verdadero afecto personal, llegó a cobrar especial calor... Siguiendo una norma constante de la Comisión fueron recabados otros asesoramiento... Fruto de este cambio de impresiones son los actuales artículos 35 y 36 del Proyecto, consecuencia de una recíproca transacción aprobada por unanimidad» (*op. y loc. cit.*, págs. 188 y 189).

(207) Cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 251.

(208) Así lo expresa NÚÑEZ LAGOS: «El artículo 36 de la nueva ley trae una flexible fórmula armónica entre dos sistemas: el de la protección de la posesión continuada a título de dueño fuera del Registro (protección meramente de Derecho Civil, que se funda en la *publicidad* de la posesión) y la protección al tercer adquirente a título oneroso de buena fe (protección típicamente hipotecaria que se basa en la *publicidad* del Registro). No se trata de que ha cedido el genérico titular inscrito frente a la fuerza secular del Código Civil. La flexión la ha verificado el concreto tercero adquirente protegido por la *fides* pública. La construcción es una maravilla de ponderación y armonía, gracias al terreno en que se ha construido: la buena o mala fe, varita mágica que por arte de encantamiento puede convertir al tercero de emperador del sistema inmobiliario en pobre caballero andante apaleado por yaugüeses, o, lo que es peor, tundido por picapleitos» (*Realidad y Registro*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 17 y 18).

(209) Cfr. VILLARES PICO, *op. y loc. cit.*, págs. 412 y 414.

(210) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, págs. 544 y 545.

incompatible con la realidad económica del país: internacionalización de la economía, mercado desarrollado y dinámico, preeminencia de la propiedad urbana e industrial, ingreso de la actividad agrícola en los circuitos del capitalismo moderno, demanda de seguridad jurídica formal, penetración del sistema registral en la conciencia jurídica del país, disminución del peso del sector agrario, proceso irreversible de urbanización... Por el contrario, en materia de usucapión, la ley de reforma de 1944-46 asienta sus bases ideológicas en un ruralismo castizo (211) y en una visión estática y conservadora del acontecer económico (212).

(211) En la génesis de la Ley de reforma, y respecto de la prescripción contra Registro, las posiciones se hallaban radicalmente enfrentadas y los trabajos de la Comisión en un punto muerto. Fue entonces, según su Presidente PORCIOLES, «cuando el espíritu agudo de un ilustre Notario de este Colegio, siempre atento a las experiencias de la realidad, hizo surgir, con la colaboración de otro compañero del Colegio de Madrid, la figura del “Tío Celedonio”, ese personaje que si algún día llega a publicarse una Ley Hipotecaria ilustrada, lo veremos representado con su clásico atuendo de labrador, atento a sus cosas, afanoso por sus tierras, pero completamente divorciado de Notarías y Registros y sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar, las cargas fiscales» (*op. y loc. cit.*, pág. 188).

(212) VALLET DE GOYTISOLO, en defensa de la seguridad estática, acumula los siguientes argumentos y citas:

«El régimen registralista puro olvida la importancia social de la seguridad estática. En la propiedad inmueble, ha dicho PELAYO HORE: «desde el punto de vista del titular inscrito de un derecho que no se mueve, que no contrata y que apaciblemente continúa poseyendo su derecho, el Registro de la Propiedad es un deplorable sistema de publicidad porque el Registro sólo lo examinan o deben examinarlo quienes van a contratar... la casa se construyó más para tenerla que para venderla, la finca rústica se respeta más para disfrutarla que para hipotecarla; por eso, en materia inmobiliaria, parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico. El que se decide a comprar o a constituir un derecho real es un ser que rompe la inercia del orden establecido, es un hombre que se embarca en una aventura que, como todas, tiene sus riesgos, y es justo que si los riesgos se producen, sea quien los soporte el mismo aventurero que los buscó; en cambio, el propietario actual, que no piensa vender ni hipotecar, es un hombre que rehúye todo peligro, que aborrece la aventura, y parece natural que la ley proteja, hasta sus últimas consecuencias, esa situación estable y consolidada».

Y MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ anotó: «Hoy que la doctrina capitalista está en crisis, se empieza a pensar en los inconvenientes del sistema basado exclusivamente en la protección de la buena fe del adquirente».

Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que en contacto con la cosa realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir.

Como dijo MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ parangonando los sistemas de seguridad estática y del tráfico jurídico: «Con ésta se favorece un átomo disgregado de la propiedad; con la otra, a una vinculación familiar depositaria de las tradiciones de la raza y garantía de la continuidad de la sangre» («La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica

4. Tanto la génesis del precepto como sus diversas interpretaciones doctrinales, estuvieron y están fuertemente influidas por prejuicios corporativos —notariado y organización registral— que dificultan un tratamiento objetivo y estrictamente científico del tema (213).

de la fe pública», en *Estudios sobre Derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Barcelona, 1962, págs. 195 y 196).

(213) Podemos citar algunas frases, por vía de ejemplo:

VILLARES PICO, refiriéndose a la instauración de los Registros: «Respecto a esta revolución, iniciado hace más de un siglo en nuestra patria, el Notario de Madrid, señor SANZ se siente reaccionario y se aferra al Derecho caduco» (*op. y loc. cit.*, pág. 422).

AZPIAZU habla de «lo apasionado de la campaña contra la Institución registral»; juzga la posición de SANZ FERNÁNDEZ «asaz apasionada»; se enfrenta al «*stradivarius* de los virtuosos» —ROCA, SANZ, SOLS— y empuña «el viejo violín del ciego de la esquina», «simplemente porque quede constancia de que hubo una vez un Registrador enamorado de su profesión que no admitió, sin discutirlo, todo lo que se dijo por los *consagrados* que en alguna manera fuese contra la tesis registral»; y, en fin, se duele de la Conferencia pronunciada por BERGAMO en el Colegio Notarial de Madrid:

«Nosotros pasamos muy mal rato. Nos dio pena ver a un confereciante extraordinario emplearse con delectación no disimulada en tundir contra una institución que tendrá sus defectos —no lo negamos— pero que también, es innegable, ha cumplido y cumple una misión irremplazable, y en mucho mejores condiciones que podrá cumplirla el instituto de la posesión extrarregistral con la que parece quiere sustituirse» («Más sobre el tema...», *op. y loc. cit.*, pág. 434). («Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 319). («¿Se da la prescripción ordinaria...?», *op. y loc. cit.*, págs. 730 y 731). («Más sobre el tema...», *op. y loc. cit.*, pág. 426).

Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, refiriéndose a la acusación de *reaccionario* dirigida a SANZ FERNÁNDEZ, nos dice que VILLARES «olvida que, como dijo con frase feliz ANTONIO POLO, *nada más fácil, al pretender ser demasiado modernos, que quedar súbitamente anticuados*. Algo de eso creemos que ha pasado en la doctrina hipotecarista de vanguardia».

NÚÑEZ LAGOS señala, en referencia a la Ley Hipotecaria anterior:

«Los hipotecaristas, encasillados en su ley como hecho diferencial y privilegiado, con un espíritu de discriminación racial y ley de castas, esperaron hasta que la circunstancia política les fue propicia... y entonces, y sólo entonces, en vez de llevar a cabo, con grandeza y generosidad, la acomodación exigida, promovieron una reforma, discutible, pero muy ambiciosa, que encarnó en la ley de 21 de abril de 1909».

Y ya remitiéndose a la usucapión, señala:

«La posesión es el *daemonium* para el Registro de la Propiedad. Además, femenino. Archidiabla, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trago espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del Registro y los dogmas de sus pontífices...

Después de hacer la historia de la entrada de la posesión en el Registro, GENOVÉS llega a tomar partido en contra de la posesión. La solución es la de renunciar al demonio. Decano de los Registradores de la Propiedad expulsa al demonio, pero sin santa cólera de iluminado, con noble ademán bondadoso y parroquial; con suaves maneras de un tibio ambiente de atrio gótico. La posesión de hecho, en los libros del Registro, era una errata. GENOVÉS la corrige. Su corrección queda en la nueva ley de 1944: el mero hecho de poseer no tiene acceso al Registro».

5. La redacción del artículo 36 LH adolece de una técnica imprecisa y complicada (214); es un precepto confuso (215), oscuro (216), farragoso (217), de difícil comprensión (218) y propicio para inagotables discusiones doctrinales (219). Con ello se favorece la conflictividad procesal y se dificulta, en gran medida, una interpretación jurisprudencial uniforme.

6. En suma, la reglamentación establecida por el artículo 36 LH, agrava la posición del tercer adquirente, con mengua de la seguridad del tráfico jurídico y la eficacia del Registro, fomentando situaciones litigiosas, entregadas a la libre apreciación de la prueba y a la imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

(214) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo I, pág. 678.

(215) Cfr. DE LA RICA, «La buena fe...», *op. y loc. cit.*, pág. 545.

(216) Cfr. AZPIAZU, «Apostillas...», *op. y loc. cit.*, pág. 332.

(217) Cfr. DE LA RICA, «La reforma hipotecaria...», *op. y loc. cit.*, pág. LXI.

(218) Cfr. *Ibidem*, pág. LIX.

(219) Cfr. *Ibidem*, pág. LXI.

Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO ROMANO: 1. ÉPOCA ARCAICA: POSICIÓN DE LA MUJER *LOCO FILIAE* EN LA SUCESIÓN INTESADA DEL MARIDO. 2. ÉPOCA CLÁSICA: 2.1. *La desaparición de la potestas maritalis y sus consecuencias*. 2.2. *La bonorum possessio: reconocimiento de derechos sucesorios al vínculo matrimonial en cuanto tal*. 2.3. *Garantía de la subsistencia del cónyuge supérstite*: 2.3.1. Permanencia de las antiguas costumbres: legados en favor de la viuda. 2.3.2. La restitución de la dote y el nacimiento de la *donatio ante nuptias*. 3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANA: 3.1. *La situación hasta las Novelas de Justiniano*. 3.2. *La Novela 118 y el nuevo orden sucesorio establecido a favor de los parientes: subsistencia de la bonorum possessio unde vir et uxor*. 3.3. *Las Novelas 53 y 117: nacimiento de la quarta uxoria*.—III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: 1. ÉPOCA VISIGODA: 1.1. *Pervivencia de la tradición romanística en el llamamiento intestado a favor del cónyuge*. 1.2. *El Fuero Juzgo y el origen de los derechos de viudedad*. 2. PARTICULARIDADES DE LA ALTA EDAD MEDIA: ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. 3. LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*. 4. EL CAMINO HACIA EL SIGLO XIX: LA CONTINUIDAD REPRESENTADA POR LAS LEYES DE TORO Y POSTERIORES CUERPOS RECOMPILADORES.

I. INTRODUCCIÓN

El problema del orden de llamamientos a la sucesión intestada y, en particular, la cuestión de los derechos sucesorios que el cónyuge supérstite

(*) El presente estudio constituye una parte, hasta ahora inédita, de la tesis doctoral que lleva por título *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, leída en la Universidad de Valladolid el 7 de julio de 2001, bajo la dirección de la profesora doctora doña TEODORA TONES GARCÍA.

deba ostentar legalmente en la herencia de su consorte premuerto, constituye quizá uno de los ejemplos más representativos de aquellas instituciones que se encuentran fuertemente influidas por el marco histórico y por el contexto social en el que se desarrollan, especialmente por la organización de la familia. En consecuencia, el análisis de la evolución histórica de unos derechos tan dependientes de los criterios morales, religiosos y filosóficos mayoritariamente aceptados por una sociedad concreta se hace imprescindible para llegar a comprender su verdadero sentido. Es más, si a esta dependencia del régimen sucesorio intestado con respecto al devenir histórico le añadimos las vicisitudes propias por las que ha atravesado la condición de la mujer a lo largo de los tiempos tendremos no sólo uno de los temas más influidos por este tipo de circunstancias (1), sino, al mismo tiempo, el objeto de un debate que llega hasta nuestros días.

La primera impresión que produce una rápida visión del tema es la de que el reconocimiento de un lugar digno para el cónyuge sobreviviente en el orden de suceder *abintestato* es bastante reciente. Con frecuencia los autores hacen referencia a esta situación que, por su evidencia, ha merecido calificativos más o menos similares. Así, se ha hablado, por ejemplo, de la «aberración» que ha supuesto la «historia bochornosa» de los derechos hereditarios del cónyuge (2), y, en general, de la injusticia histórica que ha supuesto su lejanía en dicho orden sucesorio (3).

No obstante, hay que tener en cuenta que quizá la causa de este olvido pueda estar en que tradicionalmente la subsistencia del viudo, y, especialmente, de la viuda, quedaba garantizada a través de determinadas instituciones pertenecientes al Derecho de Familia, tales como la dote o los regímenes económico-matrimoniales de carácter comunitario, lo cual seguramente en determinados momentos se consideró más que suficiente. Ello excluiría la formación *a priori* de un juicio equivocado sobre un desmedido desprecio del

(1) Vid. HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE., *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil* (discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1907, pág. 6).

(2) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, Tomo XVI, artículos 912 a 967, Reus, Madrid, 1945, págs. 160 y 510.

(3) CASTÁN lo expresaba en estos términos: «El derecho sucesorio del cónyuge tiene una base racional evidentísima. Nadie tiene título más legítimo que el viudo para recibir los bienes hereditarios, ya sea la norma para fijar los derechos sucesorios, el cariño, ya el reconocimiento de los beneficios recibidos, ya la intimidad del vínculo. Sin embargo, hay que reconocer que en el terreno histórico la sucesión del cónyuge no ha tenido apenas efectividad e importancia hasta tiempos muy recientes» (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*, Tomo sexto, Derecho de Sucesiones, vol. III, octava edición, revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, pág. 150).

legislador de otras épocas hacia el cónyuge supérstite. Además, la tendencia ha sido precisamente hacia un progresivo reconocimiento de derechos y mejora de su posición en el orden de llamamientos a la sucesión intestada, siendo abundantes las soluciones que se pueden encontrar en esta línea tanto desde la óptica histórica como desde la del Derecho comparado.

Situamos los orígenes de la evolución en el Derecho romano porque probablemente la sucesión entre cónyuges en pueblos más primitivos, al estar fundada exclusivamente en la vinculación de los patrimonios a las familias, no existió (4). No es que la sucesión en el Derecho romano no estuviera al servicio de la continuidad familiar, lo que sucede es que ya en él podemos observar el reconocimiento hacia el cónyuge de unos mínimos derechos en el orden de llamamiento intestado obra del pretor y un movimiento favorable a la protección de la mujer viuda, protagonizado por la legislación justiniana, que marcarán el desenvolvimiento de todo el Derecho posterior. La tradición romanística supuso un precedente de gran peso a lo largo de nuestra historia jurídica, casi exclusivo, en materia de sucesión intestada, y, en particular, el llamamiento del cónyuge supérstite a la herencia en defecto de todos los parientes del causante de la sucesión será una constante, como veremos, hasta llegar a la codificación del Derecho Civil en el siglo XIX (5).

II. DERECHO ROMANO

1. ÉPOCA ARCAICA: POSICIÓN DE LA MUJER *LOCO FILIAE* EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL MARIDO

La primera premisa a tener en cuenta para tratar de delimitar cómo funcionaba la sucesión *ab intestato* (6) entre cónyuges en el primitivo Derecho

(4) Así lo pone de manifiesto CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español...*, Tomo VI, vol. III, *op. cit.*, pág. 150.

(5) Sobre el desenvolvimiento de esta cuestión en la etapa codificadora y el resultado que se plasmó en el originario artículo 952 del Código Civil, vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 19 a 58.

(6) Es preferible para el Derecho romano esta terminología a la de sucesión legítima, pues la palabra *legitimus* en Roma hacía referencia solamente a lo que estaba fundado en la *lex*, con lo cual quedarían excluidos de este tipo de sucesión los llamamientos llevados a cabo por el edicto del pretor. Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, pág. 536, nota 2; JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado romano*, traducción de la segunda edición alemana por L. PRIETO CASTRO, Labor, Barcelona, 1937, pág. 443, nota 1. Además, para los romanos, tan legítima era la sucesión intestada como la testamentaria, pues ambas eran reconocidas y regula-

romano es la de que ésta sólo operaba a favor de la mujer casada bajo el régimen preponderante en esta época de la *conventio in manum*. Ello es así porque, para que procediera su apertura, era necesario que el causante fuera un ciudadano capaz sin herencia testamentaria (7), y sólo eran susceptibles de causar herencias los varones *sui iuris* o no sometidos a ninguna potestad o poder de sujeción. La mujer *in manu*, por no ser *sui iuris*, era incapaz para tener un patrimonio propio, consecuentemente, no podría nunca ser sucedida (8).

La posición de la mujer era entonces de inferioridad manifiesta (9): nunca podía alcanzar la condición de jefe de familia, pues siempre estaba sometida, bien a la potestad de su *pater familias*, bien a la de su marido, al que se unía mediante la celebración de alguno de los actos que daban lugar al régimen de la *manus*; y, cuando se convertía en *sui iuris* por muerte del *pater* o del marido, quedaba sometida a la tutela perpetua de sus agnados, con lo cual nunca podía llegar a tener independencia jurídica (10). CASADO CANDELAS habla de la evidente situación normal de subordinación respecto del *pater familias* de las mujeres en el primitivo grupo doméstico, a las que ni siquiera la religión aportó ventajas (11). Tal estado de cosas se prolongará durante

das por el *ius civile*. Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, undécima edición revisada con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 532.

(7) En la época de las XII Tablas fueron conocidas las dos especies de sucesión (testada e intestada), teniendo la primera claramente prevalencia sobre la segunda, como prueba la misma calificación negativa de *successio ab intestato*, preferencia que se mantuvo a lo largo de toda la historia del Derecho romano llegando hasta nuestros días. Vid. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 509 y sigs. JÖRS-KUNKEL dan como posibles causas de esta preferencia el poder absoluto del *pater familias*, la sentida necesidad de conservar la hacienda familiar a través de generaciones y la insuficiencia de la sucesión legal. Vid. «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 439. Lo que no está tan claro es que en el período anterior a las XII Tablas existiera igual prevalencia del testamento sobre la sucesión ordenada por la ley. Vid. BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, traducido del italiano por MANUEL FAIRÉN, Bosch, Barcelona, 1960, págs. 3 y sigs.

(8) Vid. SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Cedam, Padova, 1934, pág. 6.

(9) Vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Capacidad jurídica de la mujer casada*, discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1969-70, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969, págs. 7 y sigs.

(10) Además, la *tutela mulierum* no era en esta época una simple ayuda para integrar la capacidad de una persona sino que el tutor tenía una posición absolutamente preeminente. Su poder era no obstante diferente al del *pater familias* y a la *potestas maritalis*, pues no impedía a la mujer existir como sujeto de derechos. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 14.

(11) No obstante, con relación a la época clásica, pone de relieve el hecho de que la mujer fue siempre respetada y considerada socialmente, con lo cual se habría dado «una antítesis aparente entre la posición jurídica y social de la mujer», pues «se las sujeta a un poder (del padre o del marido) que las oprime de igual manera que a los hijos y esclavos, aunque con denominación diferente» (CASADO CANDELAS, M.^a J., *La tutela de la mujer en Roma*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid,

todo este primer período histórico y sólo en la época clásica, con la práctica desaparición del matrimonio *cum manu* y el debilitamiento de la *tutela mulierum* puede hablarse realmente, como veremos, de un cambio en su posición jurídica.

La mujer casada *cum manu* en la época arcaica no podía, por tanto, como el resto de sujetos *alieni iuris*, dar lugar a la apertura de una sucesión por estar incapacitada para tener un patrimonio en el que ser sucedida. Sin embargo, sí podía heredar al marido (12), pues su sujeción a la potestad marital le suponía colocarse en situación semejante a la de una *filia familias*, por lo que se decía que *loco filiae mariti est* (13). Con ello, la sucesión de la mujer al marido no pudo estar nunca basada en el vínculo matrimonial que existía entre ambos sino en la especial posición de la mujer en la comunidad doméstica: se situaba en el lugar de una hija y, consecuentemente, heredaba como tal (14).

1972, págs. 15 y 16). La situación de la mujer se fue suavizando progresivamente pero esta especie de contradicción entre su posición social y jurídica es también aplicable a la época arcaica, a poco que se las considerara desde un punto de vista social. De hecho, la mujer casada llegó incluso a ser llamada, aparte de *matrona* o *mater familias*, *domina*, por la consideración humana y afectiva que, por influencia de la *humanitas* romana, tenía en la familia. Vid. IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 466.

(12) CASADO sitúa en el siglo V antes de Cristo el momento a partir del cual una mujer podía heredar, relacionando este hecho con el cambio de mentalidad que se produciría en este momento afectando a la naturaleza de la sucesión: si antes les habría estado vedada esta posibilidad por haber estado ligada la herencia a la continuidad del culto ancestral y al gobierno de la familia, la desaparición de estas ideas les habría permitido acceder a la misma («La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 57 y 58).

Sobre la originaria incapacidad de suceder de la mujer en Roma, LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, págs. 172 y sigs.

(13) Consecuentemente, si se convertía en hija de su marido, con respecto a la familia de éste tendría la condición de agnada, incluso con respecto de sus propios hijos, pues agnados eran todos los que estaban sometidos a igual potestad. Era cognada de su familia originaria pero sólo agnada de sus hijos.

(14) Hay que tener en cuenta la importancia de la configuración familiar romana, muy distante de las concepciones modernas, que hace que, como dice IGLESIAS, prácticamente toda la explicación del Derecho Privado romano se tenga que hacer «desde la interioridad del Derecho familiar». Vid. «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 465 y 466. Esto es además especialmente relevante cuando del Derecho sucesorio se trata, pues su fundamento era eminentemente familiar: a través de él se pretendió garantizar, sobre todo en los tiempos más antiguos, la continuidad de la familia, y el traspaso de las relaciones patrimoniales a través de los mecanismos sucesorios se hizo siempre de acuerdo con la estructura de la familia y la posición jurídica (*status*) que cada sujeto ocupaba dentro de la misma (*op. cit.*, pág. 524).

Sobre la especial estructura de la familia romana, vid. GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, huitième édition revue et mise à jour par F. SENN, Rousseau et Cie éditeurs, Paris, 1929, págs. 157 y 158.

El matrimonio en el Derecho antiguo coincidía con la *manus* (15), con lo cual no hay otro remedio que considerar todo el régimen desde la óptica de la *potestas maritalis* y de lo que ésta suponía: se adquiría en virtud de un acto jurídico por el cual la mujer salía completamente de la familia de origen y entraba en una nueva, la de su marido, dejando de estar sometida a su *pater familias* para pasar a subordinarse al mismo (16). Si era *sui iuris* y estaba sometida a tutela, dejaba de serlo y salía de la potestad tutelar, que ya no necesitaba, para someterse de manera idéntica al marido. La potestad marital se configuró originariamente como un poder amplísimo, prácticamente idéntico al de la patria potestad, si bien las costumbres, el respeto y consideración hacia la familia originaria de la mujer y la dignidad de la misma como madre y esposa, debieron ir suavizando, como ya apuntamos, el rigorismo inicial (17).

Desde el punto de vista patrimonial, la *manus* originaba una adquisición en bloque (*per universitatem*) por el marido del patrimonio de la sometida, lo cual ha llevado a que tradicionalmente se haya considerado como un caso de sucesión universal *inter vivos*. Sin embargo, esto no quiere decir que el marido entrara en la posición de la mujer, como haría un sucesor hereditario, sino que, como dice SCIALOJA, la anulaba como titular de relaciones jurídicas al «absorberla» bajo su potestad (18). Consecuentemente, también los bienes

(15) GIRARD explica esta confusión porque, en la familia basada en la potestad doméstica, la única manera de ligarse la mujer al marido sería a través del establecimiento del poder marital, germen del poder que luego surgiría sobre los hijos de ambos («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 162).

(16) En caso de que el marido no fuese *sui iuris*, el poder era ejercido por el *pater* del mismo, a cuya potestad estaba sometido, y la *uxor* se decía que estaba *loco neptis*. A partir de la muerte de este último es cuando el marido ejercería propiamente la *manus* sobre la mujer.

(17) Vid. JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 396 y 397.

F. SCHULZ critica en este sentido que la posición jurídica de la *uxor in manu* se describiera a través de la expresión *loco filiae*, pues el poder del marido sobre la mujer era muy distinto al que tenía sobre sus hijos e hijas. Por ejemplo, señala que el marido no tuvo nunca el derecho sobre la vida de la mujer (*ius vitae necisque*) ni el de venderla (*ius vendendi*) (*Derecho romano clásico*, traducción directa de la edición inglesa por J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 112).

Por el contrario, no distingue entre los sometidos originariamente al *pater familias* por razón de los poderes que ejercitaba sobre ellos IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 469. Según este autor, sobre todos ellos indistintamente podría ejercitar el *ius vitae necisque*, el *ius exponendi*, el *ius vendendi* y demás atributos de la *potestas* en general.

(18) Además, la adquisición se limitaba al activo (menos algún derecho que, como el usufructo, se extinguía en el momento en que se producía la *capitis deminutio* de la mujer), sin extenderse al pasivo contractual (que también se extinguía). Las obligaciones que nacían del delito perduraban pero se sometían a un régimen especial. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 14 y sigs.

C. FADDA establece las diferencias de esta «sucesión» que supone la *conventio in manum*, a la que califica de *successio alterius generis*, con respecto a la sucesión hereditaria: se subentraba en el lugar de una persona viva, no muerta; no derivaba de la ley,

que adquiriera durante la vigencia del matrimonio pasaban a ser propiedad del marido (o de su *pater familias*), y, desde un punto de vista sucesorio, perdía todas las expectativas hereditarias que tenía en su familia primitiva adquiriendo las que le correspondieran en la de su esposo. Este régimen matrimonial, calificado como de absorción de bienes (19), estará siempre lógicamente ligado al matrimonio *cum manu*, y, por tanto, vigente hasta su desaparición en la época clásica.

Pues bien, estando la sucesión intestada subordinada a la testamentaria, se abría en el momento en el que se sabía con certeza que no había testamento o que éste era ineficaz (20), y de acuerdo con el orden sucesorio establecido por las XII Tablas en el siguiente precepto:

XII Tablas V, 4-5: «4. *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. 5. *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)*» («Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles») (21).

De este modo, el precepto decenviral establecía, en ausencia de sucesor testamentario, tres órdenes o clases de herederos llamados a suceder con base únicamente en los criterios de comunidad doméstica y agnación: sólo tenían este derecho los que pertenecían al grupo familiar más estrecho, de los *sui*, o más amplio, de los agnados y gentiles (22):

- En primer lugar, los *sui heredes*, también llamados «herederos suyos y necesarios», eran aquellas personas que, a la muerte del *pater* causante de la sucesión, se encontraban bajo su potestad, y que, como consecuencia del óbito, se convertían en *sui iuris* (23). Es este el único

sino de la costumbre familiar romana, y suponía una mera adquisición, pues no se sucedía en las deudas. Vid. *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol. I, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1949, págs. 20 y sigs.

(19) IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 498.

(20) Sobre la ineficacia del testamento romano, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 894.

(21) Cfr. RICCOBONO, S.; BAVIERA, J.; FERRINI, C.; FURLANI, J.; ARANGIO-RUIZ, V., *Fontes iuris romani antejustiniani*, Pars prima, Leges, Florentiae, 1968, pág. 38.

Se trata del documento más antiguo que se posee en relación con el Derecho sucesorio de los primeros tiempos y, según SCIALOJA, el precepto transcrito es el más importante, pues constituirá hasta Justiniano el principio fundamental que rija las sucesiones («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 7).

(22) Vid. Voci, P., *Diritto ereditario romano*, volume secondo, Parte speciale, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1963, pág. 3.

(23) Es de observar cómo las XII Tablas no les llamaban directamente, sino que parece que presuponían o daban por hecho como algo incuestionable su derecho a suceder en primer lugar (*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit...*), y que tampoco establecían una regulación detallada del mismo. La explicación está en que las XII Tablas no

requisito que se exigía, no siendo necesario, por tanto, el parentesco de sangre con el *de cuius*, que por sí solo tampoco era suficiente para entrar en el primer orden sucesorio. Por consiguiente, la mujer *in manu*, que estaba *loco filiae*, era llamada con los *sui* no obstante no tener vínculo biológico con el causante (24). Su participación en la herencia dependería del resto de *sui* con los que concurriera, de modo que, si había otros hijos (incluidos los póstumos y los adoptivos), hijas o descendientes de ulterior grado que estaban igualmente sometidos a la *potestas* del causante, heredaría con ellos, dividiéndose la herencia *in capita*, si eran todos del mismo grado, o *in stirpes*, si no lo eran, y sin diferencias por razón de sexo (25).

- En defecto de *sui heredes* (26), era llamado el agnado más próximo o, si había varios del mismo grado, todos ellos, que se repartían la herencia también por cabezas (27). El concepto de agnado comprendía también a los *sui*, pues tenían aquella categoría todos los que, junto con el *de cuius*, descendían de un ascendiente común a cuya patria potestad se hallarían sometidos si éste viviese, pero las XII Tablas se referían en este llamamiento sólo a los agnados que no estaban comprendidos en el orden anterior (28).

fueron más que un reflejo o confirmación del Derecho consuetudinario antiguo, que no conoció otros herederos que los *sui*. En este sentido, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 444; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 536; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, II, Edersa, Madrid, 1990, pág. 872. Por ello, la sucesión de éstos estaría tan asentada en la conciencia social que no se consideró necesario detallarla positivamente. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 8; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, volume primo, Introduzione, Parte Generale, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1967, págs. 9 y 10; GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 895 y 896.

(24) Por la misma razón, determinados parientes consanguíneos no serían llamados por no estar bajo la potestad del causante. Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 210.

(25) En general, la sucesión intestada no conoció diferencias entre hombres y mujeres a la hora de heredar. Esta manifestación del liberal principio de igualdad es entendida por SCHULZ como sorprendentemente progresiva, sobre todo si se la compara con otros Derechos de la Edad Media («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 197). Únicamente la interpretación de la *lex Voconia* establecería una limitación a los derechos de las mujeres en este ámbito, pero en relación con el segundo orden sucesorio, el de los agnados (sólo serían admitidas a la sucesión en caso de ser hermanas del causante).

(26) Por ausencia o inexistencia: no se conocía la *successio ordinum* o delación sucesiva entre los órdenes, el llamamiento era único, con lo cual, si el llamado a heredar en un orden no adquiría la herencia, ésta no se defería al siguiente sino que quedaba vacante.

(27) No se aplicaba el derecho de representación en este orden ni se conoció la *successio graduum*, de modo que si el agnado más próximo repudiaba la herencia o moría antes de haberla aceptado, no se llamaba al grado siguiente.

(28) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 211.

- Por último, y en defecto de los anteriores, eran llamados los miembros de la *gens* a la que pertenecía el causante (29).

Como se ve, el llamamiento legal a la mujer viuda era de considerable entidad, pues entraba a suceder en primer lugar en calidad de *sua*. Lo que sucede es que, como dijimos, tal llamamiento no se producía por su condición de esposa, no había sucesión entre marido y mujer, sino por la de sometida a una potestad. La viuda heredaba como los hijos y junto a ellos. Además, a diferencia de éstos, nunca llegaba a ser independiente desde un punto de vista jurídico: la *uxor in manu* quedaba libre de la potestad marital y adquiría la participación que en la herencia le correspondiera pero, al convertirse en *sui iuris*, ingresaba bajo la fuerte potestad del tutor. Por ello, su sometimiento a éste, hacía que, aunque fuera la heredera, el que ejercitara de hecho el poder inherente a la cualidad de tal fuera el mismo tutor (30).

Por otro lado, es posible también achacar a este sistema una cierta falta de previsión para los supuestos en que el matrimonio no tuviera descendencia común, en el sentido de que los bienes heredados primeramente por la mujer pasarían luego, tras su muerte, a su propia familia, y no a la del marido de la que procedían (31). Habiendo sido una preocupación constante a lo largo de la historia de la sucesión entre cónyuges el deseo de evitar el «traspaso» de bienes de una familia a otra, es llamativo en estas primeras etapas

(29) SCHULZ señala el absurdo de este llamamiento si se toma literalmente, pues la *gens* era el mismo grupo de agnados, luego, si no había agnados, no podía haber gentiles. Lo que realmente querían decir las XII Tablas es que, si el agnado próximo repudiaba la herencia, ésta era atribuida a la *gens* («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 213).

Las reglas por las que se regía este llamamiento no son bien conocidas, pues desapareció rápidamente. GIRARD señala la probabilidad de que antiguamente la herencia fuera en bloque a la *gens*, convirtiéndose en una adquisición individual a finales de la República («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 896 y 897). La desaparición de la sucesión de los gentiles se sitúa en el período clásico, más concretamente, a comienzos de la época imperial (D'ORS, A., *Derecho Privado romano*, Eunsá, Pamplona, 1989, págs. 269, 313 y 317).

En relación con los dos últimos llamamientos, a los agnados y a los gentiles, hay que hacer notar también que las XII Tablas no les llamaban *heres*, sino que decían que «tendrán el patrimonio» (*familiam habento*), por lo que en principio sólo tendrían reconocido un derecho privilegiado de ocupación sobre los bienes. Sin embargo, con el paso del tiempo, la jurisprudencia hizo una interpretación que asimiló la posición de estas personas a la del heredero. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 9 y 10; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 538 y 539; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 872 y 873.

(30) Así, según SCIALOJA, «la sovranità nominale appartiene alla donna erede; la sovranità di fatto ne' rapporti familiari spetta al tutore, che governa lei e, per mezzo suo, tutta la sua familia» («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 14).

(31) En este sentido la crítica de LÉVY, J. PH., *Coup d'oeil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant* (Études offertes à René Rodière, Dalloz, París, 1981, pág. 178).

históricas en las que la sucesión se fundaba en la idea de la copropiedad familiar que esta circunstancia no se tuviera en cuenta.

Este era el régimen legal, pero, no obstante ello, y dada su subsidiariedad, la garantía de la posición de la mujer durante la viudez venía en la práctica a hacerse efectiva a través de disposiciones de carácter voluntario (32): las costumbres y prácticas sociales originarias imponían al marido asegurar a su mujer una subsistencia digna por medio de disposiciones testamentarias a su favor, sobre todo de aquellos bienes que quería que siguiesen siendo disfrutados por ella tras su muerte. De este modo, explica GARCÍA GARRIDO cómo la práctica más frecuente fue que el marido desheredara *inter caeteros* a la mujer *in manu* (33) para luego legarle las cosas que le había entregado en vida para su uso, o le había donado, de las que, por tanto, ella había dispuesto y administrado (*quae eius causa parata sunt*), las cuales, por otra parte, constituirían sus únicos medios de subsistencia. En esto consistía, según el citado autor, el denominado legado de peculio (34). Además, también debieron ser frecuentes determinados tipos de legados especiales, cuyo

(32) Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., «*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano» (*Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, núm. 9, CSIC, Roma-Madrid, 1958, págs. 106 y sigs.). Publicado también en «*El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil*», I, *La tradición romanística*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Barcelona, 1982, págs. 81 y sigs.

(33) La institución o desheredación expresa en el testamento de los *sui heredes* era una exigencia del antiguo *ius civile*, de modo que el testador, si no quería dejarles nada de su patrimonio, no podía simplemente pasarles por alto (*praeteritio*), sino que debía desheredarles expresamente, aunque no existiera justificación, bien *nominatim* o con designación individual (si se trataba de un hijo), o bien *inter caeteros* o en conjunto, sin tener que mencionar el nombre (forma suficiente sólo para las hijas o ulteriores descendientes *in potestate* y para la mujer *in manu, loco filiae*). Era lo que se ha llamado sucesión forzosa formal, pues los *sui heredes* sólo tenían derecho a ser mencionados en el testamento, no a una cuota material de la herencia. Cuando la preterida era la mujer *in manu*, al igual que si lo era una hija o ulterior descendiente, el efecto de la *praeteritio* no llegaba a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada, como sucedía si lo era un hijo: se mantenía, siendo tan sólo rectificado en aquello que fuera necesario para dar entrada al preterido (en su cuota intestada cuando heredaba con otros *sui* o en la mitad de la herencia si concurría con herederos extraños). Esta era la única limitación a la libertad del testador, cuya vigencia la sitúan JÖRS-KUNKEL hasta finales de la República («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 438). A partir de aquí comenzará el camino hacia la herencia forzosa material o *pars debita*, precisamente por los abusos cometidos por el testador en el ejercicio de su anteriormente ilimitada libertad testamentaria, permitiéndose reclamar a determinadas personas especialmente cercanas al testador y en relación con las cuales se consideraba que éste había infringido el *officium pietatis*, una porción material de bienes de la herencia. Sobre la teoría de la *exheredatio* o herencia forzosa formal de los *sui heredes*, única que se conoció en la época arcaica, vid., por ejemplo, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 903 y sigs.

(34) Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, págs. 109 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 84 y sigs.

contenido era determinado en relación con un género o universalidad de cosas que tenían un destino específico: así, se habla del legado de *penus* (35), de *mundus* (36) y de vestimenta (37), aparte de otros también frecuentes de metales y objetos preciosos (38).

Sostiene este mismo autor que, también en la época del matrimonio *cum manu*, es bastante posible que fuera conocido el legado de usufructo, de gran difusión en la época clásica. Así, el marido, además de dejar a la mujer determinados bienes por medio de los legados a que hemos hecho referencia, habría podido también dejarla el uso y disfrute de los bienes familiares a través de este último tipo de disposición particular, garantizando con ello que tras su muerte mantendría efectivamente la posición de *mater familias* (39).

También son conocidas referencias de testamentos en los que directamente se instituía heredera a la mujer. Prueba de su frecuencia es, además, la misma tendencia contraria a su capacidad para suceder que representó la *lex Voconia*, al disponer que los ciudadanos más ricos, es decir, los que pertenecían a la primera clase del censo, no podrían en el futuro instituir herederas a sus mujeres, si bien fue una norma que no tuvo demasiada aplicación y que en la práctica fue burlada a través de la realización de fideicomisos a favor de las mismas (40).

Los efectos de estos usos y prácticas generalizadas fueron completados por los juristas de la época a través de una serie de reglas que les dieron mayor contenido jurídico, como la *praesumptio Muciana*, que consistía en entender que las cosas que tenía la mujer procedían del marido, salvo prueba en contrario, con objeto de evitar un litigio sobre ellas (41).

(35) Era el legado de las cosas de despensa, que comprendía las provisiones que servían para abastecer a la *domus* durante cierto tiempo, además de otros productos de preparación o conservación de los alimentos, y tenía la finalidad de que la mujer continuara desempeñando con ellos sus funciones de *mater familias*, además de asegurarle su subsistencia. GARCÍA GARRIDO le considera por ello un legado de alimentos. Vid. «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 113 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 88 y sigs.

(36) Comprendía las cosas que servían para el embellecimiento de la mujer. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 116 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 91 y sigs.

(37) Consistía simplemente en los vestidos que usaba la mujer. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 117 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 92 y sigs.

(38) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 118; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 93.

(39) Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 131 y 132; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 105 y 106.

(40) Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 195; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 107; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 82.

(41) Sobre la presunción Muciana, atribuida al jurista de finales de la República Quinto Mucio Scévola, vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 119 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 93 y sigs.

Todo ello habría constituido un primitivo *ius uxorium* (42), un conjunto de normas de origen consuetudinario que encontraron su cauce a través de la prevalente y regular sucesión testamentaria y que más tarde conformarían un estatuto jurídico coherente que vendría a garantizar en la práctica la subsistencia de la viuda y, la mayoría de las veces, su posición familiar, perdiendo, por tanto, importancia el llamamiento legal de las XII Tablas. De esta manera vemos cómo la posición jurídica de sometimiento personal y patrimonial que conllevaba la *manus* no suponía de hecho un olvido hacia las necesidades económicas de la mujer casada, sino que, como prueban estas normas, siempre se tuvo en cuenta la especial función que estaba llamada a desempeñar en el matrimonio y en el hogar doméstico y en este sentido se trató de mantener tras la muerte del marido (43).

Por último, es necesario hacer referencia al funcionamiento del régimen dotal en la época arcaica, pues la restitución de la *dos* constituyó en el Derecho romano otro de los medios que contribuyeron, aunque no en todos los momentos históricos, a atender al mantenimiento de la mujer durante su viudez:

La dote consistía en un conjunto de bienes entregados al marido por la mujer, si era *sui iuris*, o por su *pater familias*, si era *alieni iuris*, con la finalidad de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. En el período arcaico tuvo también el significado de ser una especie de compensación o indemnización hecha por el *pater familias* ante la pérdida de derechos sucesorios que sufría la mujer en la familia de origen al entrar bajo la potestad del marido a raíz del matrimonio (44).

Pero éste se hacía completamente dueño de ellos, como de cualquier otra adquisición de las personas que tenía bajo su potestad, por lo que sus poderes sobre los mismos eran ilimitados y no tenía ningún deber de restituirles a la disolución del matrimonio, lo cual era coherente con el régimen de la *manus*, que llevaba a una total absorción de los bienes de la mujer. Con ello, en ausencia de disposición testamentaria eficaz, si el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer, los bienes dotales permanecían en el patrimonio del

(42) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 140; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 112.

(43) La persistencia de la viuda en el lugar de *mater familias*, que había ocupado durante el matrimonio, habría venido además favorecida por la práctica que existió en esta época de no dividir la herencia, al menos en las familias plebeyas. De este modo, los *sui heredes*, entre ellos la mujer, podrían permanecer unidos en el consorcio familiar tras la muerte del *pater*, efectuándose sólo la división en relación con los bienes estrictamente individuales. Vid. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 537.

(44) JÖRS-KUNKEL señalan que éste sería el fin originario de la dote (*dos profecticia*). Sólo más tarde se configuraría como fundamento de la misma el ser una contribución a las cargas del matrimonio («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 403). En igual sentido, IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 500.

marido, y, si la disolución se producía por muerte del marido, la mujer, en la sucesión intestada, heredaba los bienes dotales exactamente igual que los demás, *loco filiae* (45). En definitiva, la consideración de la dote como definitiva propiedad del marido llevaba a que ésta no cumpliera, en principio, ninguna función al servicio de la viuda, pues nunca le debía ser específicamente restituida (46).

No obstante, GARCÍA GARRIDO señala que es posible que el nacimiento del *legatum dotis* se produjera durante el régimen de la *conventio in manum*, antes de que surgiese el deber jurídico de restitución de la *dos* en la época clásica, de modo que, si esto es así, se podría afirmar que ya entonces habría ido naciendo en la conciencia social la consideración de que la dote era cosa de la mujer (*res uxoria*) y no del marido, que debía devolverse en el momento en el que dejara de cumplir su función, es decir, a la disolución del matrimonio. Por ello, cada vez más, y aunque jurídicamente no estuviese obligado, el marido habría ido sintiendo la obligación de legársela, por influencia de la costumbre y usos creados (47). De nuevo vemos la contraposición entre los derechos que legalmente se concedían a la mujer y los que realmente conseguía hacer efectivos gracias a manifestaciones de la autonomía de la voluntad, que vendrían a suplir en muchos casos las deficiencias de la ley.

2. ÉPOCA CLÁSICA

2.1. *La desaparición de la potestas maritalis y sus consecuencias*

La difusión del matrimonio libre, es decir, no acompañado de la *conventio in manum* que ponía a la mujer bajo la potestad del marido, supuso la primera brecha en el viejo edificio patriarcal (48). Nació en época discutida pero, en cualquier caso, es claro que el matrimonio típico de la época clásica, e incluso de todo el Derecho romano, fue el matrimonio *sine manus*: debió ser conocido ya en la época de las XII Tablas, aunque como una institución de carácter secundario y anómalo (49). Sólo el movimiento humanitario que se desarrollaría siglos después le habría ido dando una

(45) GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1008.

(46) En este sentido, GIRARD dice que estas consecuencias del régimen dotal no tenían nada de satisfactorio («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1010).

(47) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 464 y 465; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 135, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 107 y 108.

(48) GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 163.

(49) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 100.

mayor difusión y protagonismo (50), hasta convertirse en el claramente predominante del Derecho clásico (51). Con Justiniano ya no habrá más que matrimonios libres, desapareciendo definitivamente todo residuo de la *manus* (52).

El matrimonio libre consistía simplemente en una relación de hecho, sin que fuera necesaria la realización de ningún acto jurídico para que tuviera validez (53). No obstante ello, producía una serie de consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales, que variaban enormemente con respecto a las que hemos visto para el matrimonio *cum manu*, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre los esposos (54).

Desde el punto de vista personal, no se producía ningún cambio en la situación de la mujer, de modo que si, al tiempo de unirse en matrimonio, estaba sometida a *patria potestad*, continuaba bajo la misma y perteneciendo a su familia paterna, y si, por el contrario, era *sui iuris* y, por tanto, estaba sometida a tutela, permanecía bajo tal (55). En cualquier caso, marido y

(50) ARANGIO-RUIZ explica el progresivo abandono de la *manus* por las consecuencias desfavorables que comportaba para la mujer, poniendo de relieve el papel que habría jugado el *usus* en el tránsito al matrimonio libre. Vid. «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 435. En igual sentido, CASADO CANDELAS, «La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 75 y 76.

GIRARD, sin embargo, argumenta el cambio con base en el progresivo olvido de la idea de que la potestad del *pater* sobre los hijos provenía de la originaria potestad sobre la mujer para pasar a considerarse como una derivación de la probabilidad de paternidad producida por la vida conyugal («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 162).

(51) Esta prevalencia se ha situado en el siglo I a.C. (KASER, M., *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5.ª edición alemana por JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, Reus, Madrid, 1982, pág. 258).

(52) Vid. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 436. Sitúan su completa desaparición aun antes de JUSTINIANO, IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 476, en el siglo III, y JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 396, en el siglo IV d.C.

(53) Por eso, su diferencia con respecto al concubinato será en muchas ocasiones difícil de determinar, ya que situarnos en una u otra figura dependerá únicamente de un elemento tan subjetivo como la intención de las partes, el *animus* de ser marido y mujer, lo que se llamó la *affectio maritalis*. Sobre el concubinato, vid., por ejemplo, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 131 y sigs.

(54) Siempre, claro está, que se tratara de un matrimonio válido para el Derecho Civil (matrimonio *iustum*). Sobre sus requisitos, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 386 y sigs.

(55) Después de la desaparición de la *tutela mulierum*, la mujer tutelada se convertía en una persona totalmente independiente desde el punto de vista jurídico, sin control de sus actos por parte de nadie. Los autores hablan de la decadencia de tal institución desde comienzos de la República: la desaparición de la *manus* y la libertad de actuación de la mujer en la vida jurídica habrían llevado a que ésta se considerara como algo carente de fundamento. Así, las funciones del tutor se redujeron a una mera aprobación (*auctoritas tutoris*) de determinados actos jurídicos importantes, que en la época clásica será meramente nominal o formal, pues la mujer podía obligar al tutor a preslarla simplemente acudiendo al pretor. Incluso se creó un remedio por el que la mujer

mujer pertenecían a familias distintas, lo cual llevaba a que la mujer fuera también extraña a la familia de sus propios hijos. El marido no adquiría ningún poder legal sobre la mujer y ambos eran considerados en este sentido en un plano de igualdad (56). No obstante, nunca se llegó a alcanzar una absoluta parificación, sobre todo desde el punto de vista social (57).

En relación con los bienes, y coherentemente con la desaparición de la potestad marital, los patrimonios de marido y mujer permanecían por completo independientes, dándose lugar con ello a una fuerte separación, favorecida por el individualismo romano, que caracterizará en adelante el régimen económico del matrimonio (58). Ello traerá consigo determinadas actuaciones que, en la práctica, pretenderán conseguir efectos semejantes a los antes producidos con la absorción de bienes del matrimonio *cum manu*. Así, GIRARD hace referencia como ejemplo más representativo a la recepción por el marido de los bienes dotales con la única finalidad ahora de ser una contribución a las cargas del matrimonio (59). Y, por supuesto, una atenuación a la estricta regla de la separación de bienes será la admisión por primera vez en el edicto pretorio de un derecho de sucesión entre cónyuges, si bien bastante modesto (60).

Por otra parte, en relación también con los derechos sucesorios, la mujer dejó de tener, como consecuencia de la desaparición de la *potestas maritalis*, una posición en la sucesión intestada del marido regida por el *ius civile*, que

podía fácilmente librarse de un tutor inoportuno, con lo cual la tutela ya no servirá ni para una supuesta protección de la mujer. Por fin, la irracionalidad de la tutela de las mujeres junto con su progresivo debilitamiento llevaron a su desaparición (probablemente en los siglos IV o V). Vid. CASADO CANDELAS, «La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 139 y sigs.

(56) Los efectos personales del matrimonio clásico fueron muy escasos, lo cual fue consecuencia de la *humanitas*, que llevó a que se considerara que la regulación de estas relaciones privadas era algo inhumano (SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 110).

(57) Así, por ejemplo, la actividad de la mujer continuaba restringida a la jurisdicción doméstica (GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 181).

(58) Ambos cónyuges continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al tiempo de celebración del matrimonio. Las adquisiciones futuras del marido las hacía exclusivamente suyas y las de la mujer dependía de si era hija de familia (pasaban al patrimonio del *pater*) o *sui iuris* (le pertenecían a ella en plena propiedad). En cualquier caso, nunca pasaban, como antes, a engrosar el patrimonio del marido. La mujer *sui iuris* tampoco necesitaba ningún tipo de autorización marital para intervenir en el tráfico jurídico ni el marido se hacía responsable de las deudas que contrajera. Ni siquiera tenía facultades de administración sobre el patrimonio de la mujer. Sobre las posibles consecuencias desfavorables de este régimen para la mujer, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 113 y 114.

(59) Es decir, la dote será una ayuda para tal fin, que antes no era tan necesaria por absorber el marido todos los bienes que la mujer tuviera o pudiera adquirir. Con ello, la *dos* vino a convertirse en una imitación voluntaria y parcial de las consecuencias regulares y forzadas del matrimonio con *manus* («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 181 y 182).

(60) Ahora ya a favor de ambos cónyuges, marido y mujer, pues la desaparición de la potestad marital sobre la mujer le convirtió, como hemos visto, en capaz para tener un patrimonio propio y, por tanto, para causar una sucesión.

siguió subsistiendo junto con el régimen pretorio de la *bonorum possessio*. La mujer *sine manu* dejó de estar *loco filiae* con respecto al marido, con lo cual perdió su derecho en la herencia de éste en calidad de *heres sua*. Sí mantuvo, en cambio, y a diferencia también del régimen anterior, sus derechos sucesorios en la familia de origen.

Todo ello, junto con la restitución de los bienes dotales y la aplicación en esta época del régimen de legados de la mujer *in manu*, dio lugar a la formación de un estatuto jurídico de la viuda marcado por un gran liberalismo, pues legalmente sólo se garantizaba el llamamiento a la *bonorum possessio sine tabulis*, que era algo, como veremos, prácticamente ilusorio, y la restitución de la dote, desde el momento en que se impuso jurídicamente. El viudo sólo podía aspirar a un difícilmente realizable derecho a la *bonorum possessio*, si bien su situación estaba menos desprotegida.

2.2. *La bonorum possessio: reconocimiento de derechos sucesorios al vínculo matrimonial en cuanto tal*

El edicto del pretor con el remedio de la *bonorum possessio sine tabulis* a favor del cónyuge supérstite constituye un hito sumamente importante en su reconocimiento de derechos sucesorios con ocasión de la muerte de su consorte. Y ello a pesar de que tal llamamiento se hiciera en defecto de todos los parientes, pues supuso que por primera vez se le tenía en cuenta en su calidad de cónyuge, si bien estando subordinado al tan arraigado carácter familiar de la sucesión romana.

No obstante, la organización de la familia ya no se puede tampoco entender como antes: el antiguo patriarcado, basado en la *agnatio* y en la idea de la solidaridad familiar que inspiró los llamamientos de las XII Tablas, fue superado por una sociedad preocupada más por los lazos de sangre que por la pertenencia artificial a un grupo social (61). Es entonces cuando cobró sentido la actividad del pretor, que se vio obligado a dar respuesta a las nuevas exigencias mediante soluciones obligadas a convivir con el régimen anterior (62).

(61) Sobre la progresiva sustitución de la familia basada en la *potestas* o parentesco civil por la familia basada en el parentesco de sangre, vid., por ejemplo, BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, vol. VI, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1930, págs. 417 y 418.

(62) BONFANTE subraya la importancia del instituto de la *bonorum possessio*, al que califica como el más relevante del Derecho pretorio y el paradigma más claro de las varias formas de actividad del pretor: ayudar, suplir y corregir en la aplicación del *ius civile* («Corso...», *op. cit.*, págs. 416 y 417). En el mismo sentido, BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Parte generale (Corso di Lezioni), Dott. Antonino Giuffrè-Editore, Milano, 1954, pág. 121.

Sin embargo, la mayor parte de los autores coinciden en señalar que la *bonorum possessio* en su origen no tuvo estas funciones correctivas o supletorias del *ius civile* sino la de ayudar en la aplicación del mismo (*iuris civilis confirmandi gratia*), pues esa era la misión normal del pretor. De este modo, se dice que habría nacido con la única finalidad de otorgar una posición favorable en el proceso formulario a determinadas personas que el pretor consideraba que merecían estar en situación de defensa sucesoria, para sólo posterior y gradualmente pasar a corregir y suplir los llamamientos legales (*corrigendi et supplendi iuris civilis gratia*) (63).

Se habría pasado así de conceder una posesión interina en el proceso a otorgar una posesión provisional de los bienes hereditarios, pero no sólo a los antiguos herederos legales, sino también a personas no contempladas por el *ius civile* cuyos derechos venían exigidos por la opinión pública, principalmente a los unidos con el causante por vínculos de sangre y al cónyuge *sine manu*. De este modo, tras acordarse primero la *bonorum possessio secundum tabulas* como manifestación de la superioridad de la sucesión fundada en la voluntad del *pater familias*, habría surgido la *sine tabulas* a favor de dichas personas, y, por último, la *contra tabulas*. Debe tenerse además en cuenta que no todos los llamamientos de la segunda nacieron a la vez, sino unos antes que otros. Por ejemplo, en tiempos de Cicerón ya era conocido el de los *cognati*, pero nada se sabía todavía del *unde vir et uxor* (64). El desarrollo de la *bonorum possessio sine tabulis* se fue produciendo bastante lentamente, hasta llegar al régimen definitivo, que se considera completado en la época de Labeón (65).

Pues bien, a pesar de este origen, la *bonorum possessio* fue transformando su actividad para cumplir su más importante papel en el desarrollo de las funciones correctiva y supletoria del antiguo Derecho, sin duda las que acabaron teniendo prevalencia (66). Ciertamente, el cambio de las concepciones sociales debió llevar a que la modificación del orden de llamamientos a la sucesión intestada se sintiera como una de las más claras necesidades que el pretor debía de satisfacer. La familia agnaticia como grupo con caracteres

(63) Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 71 y sigs.; BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, págs. 417 y sigs.; FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, *op. cit.*, págs. 40 y sigs., a propósito del origen procesal de la *bonorum possessio*.

(64) Ni del relativo a los *liberi*, ni de la *contra tabulas* (BONFANTE, *Corso...*, *op. cit.*, pág. 419; GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 899). Sobre el edicto de tiempos de Cicerón, en el que se encuentran las noticias más antiguas de la *bonorum possessio*, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, págs. 131 y sigs.

(65) GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 899; VOCI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, pág. 138. Sobre la definitiva sistematización de conjunto de la *bonorum possessio* en el edicto adrianeo, vid. *op. ult. cit.*, págs. 179 y sigs.

(66) Así, BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, págs. 417 y 418.

cuasipolíticos había ido desapareciendo para dar paso a otra en la que primaban los vínculos derivados del parentesco natural y del afecto, y el *ius gentium* no había tocado el Derecho hereditario, por lo que el contraste entre la antigua *hereditas* y las nuevas ideas tenía que resultar intolerable (67). Es entonces cuando, ante la imposibilidad de que las premisas del *ius civile* fueran superadas por la jurisprudencia, comenzó a funcionar el pretor, tratando de reflejar las exigencias sociales en un nuevo orden de llamamientos a la sucesión intestada basado en la equidad y en el principio moderno de sucesión en el patrimonio: en él tendrá cabida, aparte de la cognación, el vínculo matrimonial. El resultado fue un régimen distinto y mucho más complicado que el del *ius civile* pero adecuado a la nueva sensibilidad social y mucho más cercano también al Derecho actual.

El edicto pretorio estableció cuatro clases de personas con derecho a la *bonorum possessio sine tabulis*, de acuerdo con el siguiente llamamiento sucesivo, es decir, cada clase en defecto de la anterior (*successio ordinum*) (68):

- *Unde liberi*: eran llamados en primer lugar a la *bonorum possessio* en calidad de *liberi* los *sui* y, además, aquéllos que hubieran sido tales si no hubieran sufrido una *capitis deminutio minima*, por ejemplo, por emancipación. Es decir, que comprendía esta categoría a todos los hijos y descendientes del causante, con independencia de que a su muerte estuvieran bajo su potestad, ampliándose, por tanto, el círculo de los *sui heredes* civiles y haciéndose justicia a los vínculos de sangre. La herencia se distribuía entre ellos por cabezas, si eran todos de igual grado, o por estirpes, si lo eran de distinto (69).
- *Unde legitimi*: se incluían en esta segunda clase todos los llamados por la ley, es decir, los herederos intestados según las XII Tablas, y

(67) BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 121. En particular, uno de los aspectos por los que el sistema antiguo se convirtió en tremendamente impopular fue por el hecho de que la mujer viuda se quedara sin ningún derecho a suceder legalmente a su marido, pues, como vimos, la desaparición del matrimonio *cum manu* le impidió colocarse en el lugar de una *filia familias* y heredar con los *sui heredes* en el primer orden sucesorio. Los demás derivaban fundamentalmente de la falta de reconocimiento de derechos sucesorios a determinadas personas unidas con el causante por un vínculo de sangre.

(68) Cfr. Digesto, Libro 38, Títulos VI y sigs., específicamente para el llamamiento *unde vir et uxor*, Título XI (D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESSECA, P., GARCÍA GARRIDO, M. y BURILLO, J., Versión castellana de *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, Libros 37-50, con la ayuda del CSIC, Aranzadi, Pamplona, 1975, págs. 104 y sigs.).

Sobre el orden del edicto, vid., especialmente, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 897 y sigs.; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 216 y sigs.; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 10 y sigs., KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 307 y 308.

(69) Sobre la clase *liberi*, vid., extensamente, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 216 y sigs., VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 10 y sigs.

por su orden, o sea, los *sui heredes*, en su defecto, los *agnati* y, en ausencia de éstos, los gentiles. Como estos últimos pronto desaparecieron, en realidad esta clase comprendería sólo a los agnados y a los *sui* que por cualquier causa no hubieran entrado en el primer llamamiento (70). Más adelante se incluyeron también los llamados por senadoconsulto o constitución imperial, pues estas normas tenían valor de ley. La distribución de la herencia entre ellos se hacía, lógicamente, siguiendo las mismas normas del *ius civile*.

- *Unde cognati*: la *bonorum possessio* se ofrecía en este lugar a todos los parientes naturales o consanguíneos del causante, con el límite del sexto grado, o del séptimo, en el único caso de la herencia de un *sobrinus* (hijo de primo hermano) en relación con el hijo de otro *sobrinus* (71). El grado más próximo excluía al más remoto (*successio graduum*) y, dentro del mismo, la distribución se hacía por cabezas. Constituyó este llamamiento una de las innovaciones más considerables del edicto pretorio.
- *Unde vir et uxor*: si ninguna de las clases anteriores solicitaba en plazo la *bonorum possessio* a la que habían sido llamados, ésta se ofrecía en último lugar al cónyuge supérstite, viudo o viuda, unido con el causante al tiempo del fallecimiento por un matrimonio legítimo (matrimonio *iustum*) (72). Esta nueva categoría constituyó otra de las novedades más importantes del Derecho pretorio, en cuanto se reconoció el derecho a suceder del cónyuge con independencia de la *manus*, con base únicamente en la relación conyugal y ante el creciente auge del matrimonio libre (73).

(70) SCHULZ, en contra de la doctrina mayoritaria, entiende que la oferta repetida de la *bonorum possessio* a las personas que estuvieran incluidas en varias clases del edicto era totalmente injustificada y contraria al tenor del mismo («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 224). A favor, en cambio, de la admisión de varias delaciones dirigidas hacia una misma persona, por ejemplo, VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 16.

(71) SCHULZ entiende que la concesión de la *bonorum possessio* hubiera debido llegar sólo hasta el cuarto grado, atribuyendo al liberalismo romano la causa de que, a través de este extenso llamamiento, se pretendiera impedir que la herencia llegara al Estado («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 223).

(72) Se excluían así las relaciones de concubinato, que no originaron nunca derechos sucesorios entre las partes. Únicamente con Justiniano la Novela 18,5 les otorgará, a la concubina y a los hijos nacidos de la unión, el derecho a reclamar un sexto de la herencia en la sucesión intestada, aunque a falta de mujer e hijos legítimos con derechos hereditarios (KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 268).

(73) Hay que advertir que, en aquellos casos, excepcionales en la época clásica, en los que la mujer estuviera ligada al causante por un matrimonio *cum manu*, sería además llamada a la *bonorum possessio sine tabulis* como *heres sua*, tanto en la clase *liberi* como en la clase *legitimi*, acumulándose de esta manera el título civil con el pretorio.

No obstante, la gran extensión de los llamamientos anteriores, hacía que la posibilidad de que la herencia llegara efectivamente a ser ofrecida al cónyuge sobreviviente fuera muy remota (74). El motivo de este lejano llamamiento estuvo claramente unido al carácter familiar de la sucesión: la inicial dependencia de la mujer de la familia del marido como consecuencia de la potestad marital que se ejerció sobre ella había justificado su llamamiento en el primer lugar del orden legal, pues su familia no era otra que la del marido. Pero, a medida que fue faltando esta incorporación a la familia del mismo por la desaparición de la *manus*, la viuda, como desde siempre el viudo, perdió el derecho a sucederle en esta posición. Ambos pertenecían a familias extrañas, no eran parientes, su unión a la del otro debió de considerarse por los romanos como algo puramente accidental, y más si tenemos en cuenta los caracteres del matrimonio libre (75). Lo que hoy entendemos que es el fundamento de la sucesión intestada, la voluntad presunta del causante basada en los lazos de afecto entre éste y el sucesor, estaba claramente subordinado en Roma al arraigo de la idea de copropiedad familiar que se arrastraba desde los tiempos más primitivos.

Además, en caso de que el causante fuera un liberto, el viudo era llamado todavía en un puesto más lejano (el sexto), pues antes estaban situadas otras dos clases: *unde familia patroni* y *unde patronus patroni*. Tras el cónyuge, se llamaba a la clase *unde cognati manumissoris* (76).

Por fin, si nadie reclamaba la herencia, los bienes que la componían se convertían en *bona vacantia* y, desde Augusto, eran atribuidos al *aerarium* y, más tarde, al *fiscus*.

Estos llamamientos constituyeron un sistema sucesorio completo paralelo al de la herencia civil, con la que tendrá que convivir (77). Las relaciones entre

Igualmente, su condición de *sui heredes* habría hecho nacer también a su favor la *bonorum possessio contra tabulas*, que el pretor otorgó a los *liberi*, de modo que, siguiendo el sistema de la sucesión necesaria formal, en caso de que el testador no instituyera o desheredara expresamente a todos ellos, cualquiera podía pedirla, dando lugar así a la nulidad parcial del testamento. Ésta era, lógicamente, preferente a la *secundum tabulas* y a la *sine tabulas*, por este orden. Sobre la *bonorum possessio contra tabulas*, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 909 y sigs.; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 463 y 464; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 258 y sigs.

(74) En este sentido, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, p. 876.

(75) En este sentido, LÉVY justifica la orientación de la actividad de los juristas de la época hacia la conservación de los derechos de cada cónyuge y no hacia la concesión de beneficios para la viudedad en función de los elevados riesgos de divorcio que surgieron tras la generalización de este tipo de matrimonio («Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 178).

(76) En relación con estos últimos llamamientos, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 27 y sigs.

(77) Ello no es ni más ni menos que una de tantas manifestaciones del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium* que se dará en la época clásica en todos los campos del Derecho Privado. Sobre este punto, vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 121.

hereditas y *bonorum possessio* serán un problema en aquellos casos en los que se contraponga un heredero civil a un sucesor pretorio, pero no en aquellos en los que los dos sistemas coinciden (porque igual persona es llamada por el *ius civile* y por el derecho pretorio), o en los que, como es el caso del viudo, la *bonorum possessio* sea atribuida en defecto de herederos civiles, bien porque éstos no existan o bien porque no se presenten a reclamarla (78).

Durante toda la época clásica *hereditas* y *bonorum possessio* coexistirán como dos sistemas perfectamente diferenciados y autónomos, si bien, por tener una misma finalidad, estaban condenados a la fusión (79). No obstante, la unificación no se producirá, como veremos, hasta la época postclásica, producto del paso de los siglos y de las nuevas exigencias prácticas.

En cuanto a la situación jurídica del *bonorum possessor*, su delimitación es particularmente importante en el caso del cónyuge y de aquellos otros llamados por el edicto que no eran al mismo tiempo herederos civiles, pues sólo gozarían de los derechos que les concediera el pretor, sin posible extensión de la tutela civil.

La *bonorum possessio* no otorgaba la condición de heredero, pues sólo podían serlo los que la ley establecía, aunque los autores coinciden en señalar que el favorecido por ésta se encontraba *loco heredis*, en el lugar de un heredero, y ello gracias a diversos remedios pretorios que fueron progresivamente asimilando ambas figuras jurídicas (80). Tanto es así que se habla de

(78) Para resolver las situaciones de conflicto surgirá la distinción entre *bonorum possessio cum re* y *bonorum possessio sine re*: inicialmente toda *bonorum possessio* era *sine re*, es decir, la posesión de los bienes hereditarios en que consistía era provisional y debía ceder ante la reclamación de un heredero civil. Pero, conforme fue avanzando la actividad del pretor y paralelamente a la transformación de la conciencia social, éste decidió otorgar al sucesor pretorio una protección frente al heredero civil, de modo que, ante un eventual conflicto entre ambos, venciera el primero. La *bonorum possessio* se convirtió así en *cum re*. Esta evolución entiende BIONDI que estaba concluida en la época de los Severos. El medio judicial con el que el *bonorum possessor* obtenía la prevalencia era la *exceptio doli*, que oponía a la *hereditatis petitio* ejercitada por el heredero civil. De esta manera no le negaba su título de heredero sino que le impedía que éste tuviera éxito alegando que actuaba con dolo por intentar beneficiarse de una iniquidad del *ius civile*. Si, por el contrario, el actor era el *bonorum possessor*, lo que ejercitaba era una *replicatio doli* contra el heredero civil. Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs. No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las *bonorum possessio* acabaron siendo *cum re*. Por ejemplo, la *unde vir et uxor* fue siempre *sine re*, lo cual no sólo es lógico sino que, además, carece de importancia, pues, como hemos visto, y al igual que en el caso de los *legitimi* y de los *cognati*, el conflicto con los herederos civiles, siendo el cónyuge llamado en defecto de éstos, no se podía plantear (KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 308).

(79) Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 140 y 141.

(80) Se hace referencia principalmente a los interdictos *quorum bonorum*, como medio para obtener la posesión efectiva de los bienes de la herencia, y *quorum legatorum*,

la *bonorum possessio* como de la herencia del Derecho pretorio y las fuentes las colocan al mismo nivel (81).

Todo ello ha llevado a que el sistema sucesorio resultante en la época clásica se califique de abigarrado (82), pues, inspirado en la necesidad de reconocer las relaciones derivadas del parentesco de sangre y del vínculo matrimonial, no pudo sin embargo desterrar los antiguos principios de comunidad doméstica y agnación, entre otras cosas porque el pretor no estaba capacitado para hacerlo. Por ello, necesariamente hubieron de buscarse soluciones que permitieran la coexistencia de los dos sistemas, el antiguo y el nuevo, y que los asimilaran, para que este último tuviera la efectividad necesaria. Este conjunto de circunstancias llevaron, ciertamente, a que la ordenación configurada careciera de una claridad orgánica que no se alcanzará, por lo menos, hasta el orden sucesorio establecido de nueva planta por Justiniano. No obstante, también es justo resaltar que el pretor consiguió crear un sistema completo a través de un orden que comprendía tanto a los herederos civiles como a los nuevos sucesores pretorios (83).

En cualquier caso, la importancia del instituto de la *bonorum possessio* debe ser siempre subrayada, principalmente porque dio efectividad a una serie de nuevas concepciones, entre ellas, el reconocimiento del vínculo matrimonial en cuanto origen de derechos sucesorios para los implicados, que

con igual finalidad pero para el supuesto de que de tales bienes se hubiera apoderado un legatario. Ambos vendrían a suplir la falta de la *petitio hereditatis* y de las acciones particulares del difunto para la reclamación de las cosas hereditarias, exclusivas del heredero civil. Además, se otorgaron al *bonorum possessor* las llamadas acciones ficticias de la cualidad de heredero, para el ejercicio de las acciones derivadas de las relaciones de crédito y deuda existentes en la herencia, y, más adelante, la *hereditatis petitio possessoria*, con semejantes características que la acción de petición de herencia, aunque esta última es dudoso que se conociera en la época clásica. Sobre todo ello, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 962 y sigs.; BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 123, 127 y sigs.

Además, el régimen en general de ambas instituciones fue muy similar. Las únicas diferencias notables estaban, según BONFANTE, en la desaparición de la duración ilimitada de la delación (que se sometió a un plazo) y en la posibilidad de actuar por medio de representante («Corso...», *op. cit.*, págs. 422 y 423). Aparte, claro está, de en los referidos medios para hacer efectivos los derechos y de que el sucesor pretorio no adquiría nunca en principio el dominio *ex iure Quiritium* de los bienes hasta que no los usucapía (*usucapio pro herede*), pues, a pesar de ser un sucesor universal, la *bonorum possessio* sólo le otorgaba, como su propio nombre indica, la posesión de los mismos. Es por ello por lo que BIONDI califica esta sucesión de «*successio in sensu impropio*» («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 127).

(81) BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, pág. 416.

(82) JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 440 y 441.

(83) VOCI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, pág. 178, y volume secondo, *op. cit.*, pág. 3.

serán las que conserve más adelante el emperador Justiniano, para, a través de él, desembocar en el Derecho moderno. De hecho, el llamamiento *unde vir et uxor* romano, a falta de parientes de séptimo grado, será, como veremos, el que se recoja en los textos legales del Derecho histórico español vigente hasta las Partidas.

2.3. *Garantía de la subsistencia del cónyuge supérstite*

2.3.1. Permanencia de las antiguas costumbres: legados en favor de la viuda

A pesar del régimen sucesorio expuesto, hay que tener presente que durante la época clásica siguió vigente la antigua costumbre matrimonial de instituir heredero y, sobre todo, de hacer legados a favor del otro cónyuge, principalmente de la viuda. Ello tiene una gran importancia, pues de esta manera se suplirían las deficiencias del régimen legal de sucesión intestada en orden a garantizar la subsistencia del supérstite (84).

Ello está en íntima relación con la ideología liberal del Derecho romano sucesorio, que se manifestó en la prácticamente ilimitada libertad de testar del causante (85) y en el *favor testamenti*. La idea que tuvieron los juristas romanos fue la de sustituir en lo posible la sucesión intestada por la testamentaria, que, a diferencia de la primera, podía siempre individualizarse y tener en cuenta las circunstancias del caso concreto (86). Ello tuvo su reflejo en la sucesión entre cónyuges, favorecida, además, por la existencia de un espíritu de comunidad conyugal que, a pesar de la característica separación de bienes del matrimonio romano clásico, se mantenía vivo (87).

(84) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 114.

(85) Hasta finales de la República no surgió, como vimos, la obligación del testador de dejar a determinados próximos parientes (descendientes, ascendientes y hermanos, estos dos últimos sólo con una perspectiva de vencer en el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*) una cantidad material de bienes de la herencia, la *portio debita*, que, en el Derecho clásico, consistía en la cuarta parte de la porción intestada. En cualquier caso, la libertad de testar en esta época fue muy amplia y lo continuó siendo a lo largo de toda la evolución del Derecho romano. Sobre el nacimiento de la *pars debita*, su régimen y efectos en la época clásica, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 913 y sigs.

(86) Sobre el liberalismo del Derecho romano sucesorio, vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(87) En este sentido, JÖRS-KUNKEL subrayan el error que supone inducir de la relativa libertad del matrimonio clásico la falta de este espíritu, pues, incluso en los tiempos de mayor decadencia de la moral romana, se mantuvo el rigor de las antiguas costumbres («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 386). Prueba de ello es también que los cónyuges solieran comportarse con respecto a sus propiedades particulares como si fueran comu-

Pues bien, los medios utilizados para garantizar testamentariamente la subsistencia del cónyuge viudo, particularmente, de la viuda, fueron la institución de heredero (88), y, principalmente, los legados (89): su régimen, pensado para la mujer *in manu*, se aplicará extensamente al matrimonio libre, y, además, dentro de una línea de progresivo reconocimiento de derechos a la viuda. Así, lo más frecuente fue legar a la mujer las cosas de uso personal que el marido le había entregado durante el matrimonio, por medio de los llamados legados de *parata*, con un claro origen en los anteriores legados de *peculio* (90). Su vigencia llevó a que se siguiera hablando de la existencia de un *ius uxorium* a favor de la mujer, derivado de su peculiar posición en la familia (91). También debieron ser de uso frecuente los antiguos legados de *penus, mundus, ornamenta y vestimenta* (92).

Pero el tipo de legado que fue realmente característico de esta etapa clásica y que tenía además específicamente la finalidad de atender a la subsistencia de la viuda fue el legado de usufructo. Tanto es así, que el origen mismo del usufructo parece haber estado precisamente aquí (93). El marido legaba a la mujer el uso y disfrute de todos o parte de los bienes familiares, asegurando de este modo que, tras su muerte, ésta continuara en la posición familiar y doméstica que había ostentado durante el matrimonio, y ello sin

nes y que la mujer encomendara con frecuencia al marido la administración de sus bienes propios. Es decir, a pesar de que el régimen de bienes era de separación, la costumbre llevaba a comportarse como si fuera, en cierta manera, de comunidad (SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 114 y 115).

(88) SCHULZ describe esta costumbre de la mutua institución de heredero de ambos cónyuges, en testamentos separados y, por lo menos, *pro parte* («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 114). Señala también la frecuencia de esta práctica, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 122 y 132; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 96 y 105, nota 54.

(89) Sobre el tema, vid., por todos, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 121 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 95 y sigs.

(90) GARCÍA GARRIDO señala, no obstante, su distinto fundamento, pues, en el régimen de separación de bienes, estaban prohibidas las donaciones *inter vivos* entre cónyuges, que sólo alcanzaban validez si se las hacía objeto de un legado. De esta manera, todo lo que fuera más allá de los bienes de estricto uso personal, no podía ser donado sino sólo legado mediante disposición *mortis causa* («*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 122 y 123; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 97).

(91) No obstante, esta cuestión debió cambiar a partir de los tiempos de Labeón: no se trataba ya de aplicar un *ius uxorium* sino simplemente de interpretar la voluntad del testador. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 125 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 99 y sigs.

(92) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 130; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 103 y 104.

(93) En este sentido, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 130, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 104; FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, *op. cit.*, págs. 186 y sigs.; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 255.

perjudicar las expectativas sucesorias de los hijos (94). Para conseguir el mismo fin también era posible la institución de la mujer como heredera pero gravada con un fideicomiso en beneficio de aquellas personas a favor de las que el causante quería que volvieran los bienes una vez que hubieran sido disfrutados por ella. Tal concepción se generalizaría con el tiempo, y, en definitiva, éste será el espíritu que inspirará a Justiniano en la regulación de la *quarta uxoria*.

Todo ello nos demuestra cómo durante mucho tiempo se consideró suficiente para asegurar a la viuda una vida digna lo que voluntariamente su marido, guiado por una costumbre arraigada en la conciencia social desde tiempo inmemorial, le dejara en testamento. El Derecho romano también conoció en determinadas épocas limitaciones a la capacidad de disponer *mortis causa* entre cónyuges, pero éstas, o bien, como la *lex Iulia*, se enmarcaron en el cuadro de la política demográfica de Augusto, o bien, como la *lex Voconia*, tuvieron por finalidad preservar las costumbres y no impedir que la subsistencia del cónyuge supérstite quedara efectivamente asegurada (95).

En cualquier caso, todo se hacía depender de la voluntad individual, cuando de lo que se trata precisamente es de que la ley establezca unos derechos que se puedan hacer efectivos en aquellas situaciones en que, por diversos motivos, no haya existido previsión por parte del cónyuge premuerto o ésta sea ineficaz. El sistema presentaba la ventaja de permitir su adaptación a la

(94) Sobre el legado de usufructo y sus diferentes modalidades, vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 130 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 104 y sigs.

(95) Las más importantes y típicas incapacidades sucesorias fueron las establecidas por las famosas leyes caducarias de Augusto (*lex Iulia et Papia Poppaea*), que impedían que cualquiera de los cónyuges, en caso de no tener hijos, recibiera más de una décima parte del patrimonio hereditario del otro (de ahí la denominación de *lex decimaria* de la parte de estas leyes que se referían a las incapacidades entre cónyuges). Además de esta décima parte, podían recibir el usufructo de un tercio, y, en caso de tener hijos, un décimo de más por cada hijo y la propiedad también de un tercio, si los hijos eran comunes y habían premuerto. La mujer además podía solicitar la dote legada. Estuvieron en vigor prácticamente hasta tiempos de Justiniano, aunque su declive había comenzado antes. Vid., por todos, BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 142 y sigs.

La tendencia marcada por la *lex Iulia* contraria a la sucesión entre cónyuges se complementaba con la prohibición de donaciones *inter vivos*, ya que los límites establecidos se hubieran podido burlar en la práctica si hubieran sido válidas estas donaciones. Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 663 y sigs.

La finalidad de la *lex Voconia* fue evitar el excesivo enriquecimiento de las mujeres de las capas altas de la sociedad, lo cual no afectó a la configuración general del régimen de sucesión entre cónyuges. Otras incapacidades fueron, si bien, al igual que la anterior, establecidas con carácter especial y con fundamentos morales, la de la viuda que violaba el año de luto o la del caso de matrimonio incestuoso. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 204 y sigs.

situación concreta del momento hasta la misma muerte del causante pero supeditaba su resultado a la discrecionalidad del mismo (96).

2.3.2. La restitución de la dote y el nacimiento de la *donatio ante nuptias*

Incluimos aquí lo que GIRARD llama «*dispositions en faveur du mariage*», las cuales, ocupando una situación intermedia entre las donaciones ordinarias y los actos a título oneroso (97), cumplieron en el Derecho clásico, sobre todo la dote, una función primordial al servicio de la garantía patrimonial de la mujer tras la disolución del matrimonio.

Ya vimos cómo en la época arcaica la *dos* pasaba a ser propiedad exclusiva del marido, consecuencia lógica del régimen de la *manus*, y cómo poco a poco se fue abriendo paso la idea de que ésta pertenecía a la mujer y de que, por tanto, una vez que había dejado de cumplir su finalidad tras la disolución del matrimonio, debía serle devuelta. Ello tuvo su reflejo en el nacimiento del *legatum dotis*. Pues bien, esta concepción de la dote será la que se consolide en la época clásica, de modo que, consagrado ya el matrimonio libre y siendo la constitución de la misma una especie de deber moral o social para la familia de la mujer, la *dos* se configurará definitivamente como *res uxoria*, se limitarán los poderes del marido sobre la misma (98), y se irá estableciendo progresivamente la obligación jurídica de restituirla a la mujer (99). De este modo, el *legatum dotis* se convertirá

(96) En este sentido, LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 179.

(97) Vid. «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1006 y 1007.

(98) Al marido se le consideró propietario pleno durante el matrimonio de los bienes dotales, por la inercia del régimen anterior y porque la idea de una propiedad fiduciaria era extraña al Derecho clásico, pero, sin embargo, quedó sujeto a restricciones en su actuación, precisamente para no hacer ilusoria la posible restitución de los mismos. La más importante limitación de sus poderes fue la que estableció la *lex Iulia de fundo dotali* de Augusto, por la que no podía enajenar un inmueble dotal sin el consentimiento de la mujer. Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 118 y 119.

(99) Primero se manifestó una obligación contractual de restituirla cuando, en el momento de la constitución, el marido se había obligado a ello mediante la *cautio rei uxoriae*. Más adelante, y para los casos en que las partes no lo hubieran pactado, el pretor creó una segunda vía para reclamar la restitución, la *actio rei uxoriae*, primero para supuestos de divorcio y luego también de muerte del marido, que coexistió al lado de la anterior *actio ex stipulatu*. Además, la restitución efectiva estaba garantizada por un régimen de responsabilidades del marido para casos de pérdida o deterioro. Vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1011 y sigs.; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 406 y sigs.; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 120 y sigs.; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 272 y 273.

en un *legatum debiti* con el que el testador cumplirá voluntariamente su obligación de restitución (100), y la dote en una especie de capital de reserva para la viuda destinado, aparte de a contribuir durante el matrimonio a las cargas que éste ocasionara, a garantizarle unos medios de vida tras su disolución (101), tanto por divorcio (102), como por muerte del marido, en cuyo caso los bienes que la componían se separaban de los hereditarios para ser entregados a la consorte supérstite.

Para terminar, hay que hacer referencia al nacimiento de la *donatio ante nuptias*, que vino motivado por la creencia de que este modo de asegurar la subsistencia de la mujer viuda podía en ocasiones ser insuficiente (103). Consistía ésta en una donación que el futuro marido prometía a la mujer, quien la adquiriría definitivamente tras la muerte del mismo, siendo, por tanto, su finalidad la de garantizarle una parte de los bienes de su consorte en caso de viudez. Se habla, por ello, de su conexión con la dote y de su equivalencia con un pacto sucesorio (104). No obstante, su regulación vino dada por constituciones imperiales de la época postclásica y, por ello, no es prácticamente considerada en relación con este período.

Con todo ello, vemos cómo los derechos sucesorios que el cónyuge superviviente podía legalmente exigir en el Derecho clásico se reducían al ilusorio llamamiento a la *bonorum possessio intestati* en defecto de parientes de sexto o séptimo grado y a la restitución, únicamente la mujer, de los bienes dotales, lo cual sería más o menos efectivo dependiendo de la generosidad con que se hubiesen constituido. Si a ello unimos que la misma mujer normalmente perdía los derechos sucesorios en la familia de su padre, no ya por

No obstante, hay que tener también en cuenta que, en ausencia de contrato que garantizara la restitución, la mujer viuda estaba obligada a elegir, en virtud del edicto de *alterutro*, entre la restitución de la dote y lo que el marido voluntariamente le hubiera dejado en su testamento. Los juristas pretendieron adaptar así las nuevas normas al régimen antiguo, dejando abierta la posibilidad de recurrir a este último. En relación con este edicto, BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, pág. 466; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 137 y sigs., «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 110 y 111.

(100) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 464 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 134 y sigs., «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 107 y sigs.

(101) KASER sitúa el nacimiento de esta nueva finalidad de la dote a comienzos de la República («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 270).

(102) GIRARD pone de relieve cómo, ante el incremento del número de divorcios en la época clásica, la restitución de la dote a las mujeres les habría servido también para facilitarles un segundo matrimonio («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1011).

(103) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 115.

(104) Vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1023 y 1024.

efecto de unirse al marido sino por el hecho de haber sido dotada, y que el marido, en determinadas ocasiones, podía hacer retenciones de la dote y no restituirla entera, concluiremos con que es fácil que los medios que a la viuda le quedaran para subsistir fueran bastante escasos (105). Sólo la autonomía de la voluntad, a través principalmente del consuetudinario régimen de legados y también en la última época por medio de la *donatio ante nuptias*, podía hacer cambiar esta situación. Caso contrario, se alegaba que la mujer o el padre de ésta podían haber estipulado una mejor garantía antes de la celebración del matrimonio (106). En cualquier caso, este *laissez-faire* no constituye más que la constatación del liberalismo e individualismo romanos, presente en todos los ámbitos de su Derecho Privado.

3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

3.1. *La situación hasta las Novelas de Justiniano*

La regulación de la sucesión intestada en la época del Bajo Imperio continuará por la vía marcada por el pretor de progresivo reconocimiento de la cognación en el orden de suceder, favorecida además por la pujanza de las ideas cristianas de los nuevos emperadores (107). A partir de la petrificación del Derecho honorario en el edicto de Salvio Juliano, a finales de la época clásica, los senadoconsultos y constituciones imperiales integrarán el llamado *ius novum* siguiendo las líneas directrices del derecho pretorio pero complicando aún más, si cabe, el sistema sucesorio intestado (108). Continuarán de este modo vigentes los llamamientos clásicos a la *bonorum possessio*, pero afectados por las nuevas reformas del sistema civil que, hasta Justiniano, tendrán más bien un carácter fragmentario e incompleto, por lo que no se producirán, en conjunto, innovaciones de entidad. Únicamente merecen reseñarse de esta época dos senadoconsultos célebres, el *Tertullianum* y el *Orfitianum*, que reconocieron recíprocamente derechos sucesorios a madre e hijo (109).

(105) Así, ARANGIO RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 541.

(106) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 119.

(107) Sobre la influencia del cristianismo en la esfera jurídica, especialmente en la condición de la mujer, vid., por ejemplo, HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil* (discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1907, págs. 10 y sigs.).

(108) Así, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 441 y 447.

(109) La completa desaparición del régimen del matrimonio *cum manu*, en función del cual la madre se consideraba hermana agnada de sus hijos y, por tanto, les heredaba en el segundo orden tanto civil (como *agnatus*) como pretorio (en la clase *legitimi*), había

Con relación a la posición sucesoria del cónyuge supérstite, no hubo modificaciones. Debió existir algún intento de reforma pero éste fue rechazado por sus mismos autores (110).

Este estado de cosas será el que se refleje con carácter general en la obra compilatoria de Justiniano, Instituciones, Digesto y Código, pues, si bien existieron también reformas concretas del emperador anteriores a las Novelas, éstas continuaron en la línea de los criterios clásicos y sin desterrar definitivamente los antiguos principios civiles (111).

Por todo ello, es posible afirmar que el carácter ecléctico del Derecho clásico (entre la *agnatio* y la *cognatio*) se mantuvo durante el período post-clásico, pues, a pesar de las reformas particulares que se fueron introduciendo en el sistema, éste era siempre el antiguo, el de las XII Tablas, que será la norma base que rija la sucesión intestada hasta la Novela 118 de Justiniano, corregido y completado, claro está, por los llamamientos a la *bonorum possessio* (112). El resultado no podía ser otro que el de un sistema completamente confuso y falto de sistemática que requería algo más que una simple revisión.

No obstante, la importancia de este período se puede centrar en relación con los derechos del cónyuge, si no en el régimen legal, que, como hemos

originado que ésta sólo pudiera heredar a sus hijos en el tercer grupo del edicto, el de los cognados. Esto había creado un sentimiento de injusticia que llevó a la publicación de ambos senadoconsultos, el Tertuliano, para la sucesión de la madre a los hijos, y el Orficiano, para la de los hijos a la madre. Su importancia estuvo en que, por tener estas disposiciones el carácter de fuentes del Derecho, por primera vez se admitió en la sucesión intestada civil, en la *hereditas legitima*, a personas que no pertenecían a la familia agnaticia. Sobre ambas normas y el resto de parciales reformas llevadas a cabo en esta etapa, por ejemplo, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 900 y sigs.; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(110) Según VOCI, tal debió ser una Constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 428, que excluía de la sucesión intestada al cónyuge siempre que existieran parientes. Sólo hubiera tenido, pues, según esta norma, preferencia frente al Fisco («Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 43 y 52).

(111) Sobre tales modificaciones, en relación con la legitimación de hijos naturales, con los hijos adoptivos, y, en general, dirigidas a un mayor reconocimiento del parentesco consanguíneo, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 36 y sigs.

(112) La relación de la *hereditas legitima* con la *bonorum possessio* en esta época avanzará en el sentido de un progresivo acercamiento, de modo que el dualismo clásico irá desapareciendo hasta llegar a una fusión de ambos sistemas por obra de las Novelas 118 y 127. En la época clásica, a pesar de que desde un punto de vista práctico la herencia pretoria sustituyó a la civil, ambas vimos que permanecieron conceptualmente diferenciadas y con regímenes más o menos distintos. Pues bien, en la época postclásica, la confusión reinante y la superación práctica del dualismo llevó a que poco a poco dejara de hablarse de *bonorum possessio* y a que se asimilara totalmente al beneficiado con ésta con un verdadero heredero, de modo que su concesión llegará a reducirse a una mera formalidad. La tradicional pluralidad de ordenamientos es un anacronismo a comienzos del siglo iv. Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 133 y 134, y, sobre todo, 140 y sigs.

visto, siguió igual, sí en una serie de aspectos parciales que, de alguna manera, irán preparando el camino hacia la legislación justiniana, tendente en todo caso a su protección y favorecimiento.

Así, en relación con el régimen dotal (113), desde Teodosio II se estableció la obligación jurídica de dotar, lo cual tiene su importancia, pues, si bien hasta Justiniano no se generalizará la obligación de restitución, sí que supondrá desde un punto de vista práctico un incremento de las posibilidades de la viuda de recibir bienes a la muerte del marido.

Justiniano será el que realice una profunda modificación del sistema dotal, entre otras cosas porque éste había perdido ya sus bases racionales (114). Así, en una constitución del año 530, y tomando por fundamento la concepción de que la dote era *res uxoria*, generalizó y reforzó la obligación de restituir y, consecuentemente, restringió aún más los poderes del marido sobre los bienes dotal y estableció mayores garantías a favor de la mujer (115). Con ello, su posición salió considerablemente fortalecida, pues a partir de ahora siempre tendrá garantizada la devolución íntegra de unos bienes sobre los que el marido además no ostentará en la práctica durante el matrimonio más que un derecho de usufructo, según unos (116), o una fiducia, según otros (117).

(113) Específicamente sobre la regulación de la dote en el Derecho del Bajo Imperio, vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 162 y sigs.; «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», en *AHDE*, 1959, págs. 413 y sigs.

(114) Por un lado, la posibilidad de que el hijo heredara directamente a la madre dejaba sin sentido que el marido viudo retuviera la dote para que luego la recibieran los hijos, y, por otro, la finalidad de los bienes dotal de ser un fondo que ayudara a la mujer a contraer segundas nupcias dejó de tener razón de ser cuando los principios cristianos las miraron con disfavor (GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1021).

(115) Las dos acciones de restitución se unieron en una sola, que conservó unas veces el nombre de la *actio ex stipulatu* y otras se llamaba directamente *actio dotis*, y se creó una obligación de restituir del marido en todo caso y cualquiera que fuera la causa de disolución del matrimonio. Desaparecieron así los casos en los que, según el Derecho clásico, éste podía conservar los bienes dotal (supuestos de muerte de la mujer, a no ser que viviera el padre dotante de ésta), al igual que la posibilidad de efectuar retenciones y el edicto de *alterutro*. La prohibición de enajenar de la *lex Iulia* fue ampliada y se concedió a la mujer una hipoteca general y privilegiada sobre los bienes del marido en garantía de su derecho de restitución. Sobre estas cuestiones, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1021 y sigs.; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 408 y 409; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 119 y 120, 122 y 123; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 455, 457 y 458; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 273 y 274; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 396 y sigs.

(116) Así, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 409; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 455 y 457; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 270, y D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 397.

(117) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 119.

Vemos, pues, cómo la evolución del régimen de la *dos* se produjo en el mismo sentido de limitar las facultades del marido y aumentar las de la mujer, con lo que, sin duda, y a pesar de no suponer un derecho hereditario, acabaría cumpliendo una importante función al servicio de su mantenimiento tras la disolución del matrimonio, puesta aún más de relieve en la época postclásica (118).

Por otro lado, la práctica de la *donatio ante nuptias*, llamada desde Justiniano *propter nuptias* con la finalidad de hacerla posible también durante el matrimonio mismo (119), adquirió pleno significado y desarrollo a partir de su regulación por la legislación del Bajo Imperio, gracias sobre todo a la influencia del cristianismo. La donación nupcial acabará configurándose como una especie de contradote, pues consistía en una aportación que el marido prometía a la mujer con la misma finalidad de constituir un patrimonio familiar y como contrapartida de la dote aportada por ésta. La legislación justinianeana acentuará su asimilación, determinando igualmente la obligación de efectuarla, asegurando también su restitución tras la disolución del matrimonio y estableciendo una obligatoriedad de equivalencia entre ambas, pues se entendió que los dos cónyuges debían de contribuir por igual a las cargas del matrimonio (120). No obstante ésta que fue su finalidad inicial, también al igual que la dote, la *donatio propter nuptias* acabará sirviendo al mantenimiento de la mujer viuda tras la disolución del matrimonio, configurándose así ya como una «ganancia de supervivencia legal» y no convencional como era la antigua *ante nuptias* (121).

La importancia de estas donaciones del marido ha de ponerse también de relieve por cuanto vinieron a sustituir, cumpliendo la misma función, el anterior régimen de legados que se realizaban en favor de la mujer (122).

Por último, un senadoconsulto propuesto por Septimio Severo y Caracalla en el año 206, en la línea de la jurisprudencia y de la legislación que tendían

(118) Entiende que ésta fue la única finalidad de la dote según la concepción de Justiniano, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 397.

(119) Vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 150 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

(120) Esta igualdad de aportaciones demuestra el despego del Derecho romano de la última época con respecto al régimen de separación de bienes del período clásico y su tendencia hacia los regímenes comunitarios. En este sentido, ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 461; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 139, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 111; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 398.

(121) LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 180.

(122) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 139; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 111 y 167; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 417.

a restringir la aplicación de la prohibición de donaciones *inter vivos* entre cónyuges, decretó su convalidación si el donante moría sin haber modificado su voluntad. De este modo, la donación se colocaba al mismo nivel que una disposición testamentaria, quedando sólo supeditada a que respetara los límites de la sucesión entre cónyuges según las leyes de Augusto (123). No obstante, la desaparición de tales incapacidades a partir de una constitución de Arcadio y Honorio del año 396 (124), hizo que la prohibición de donaciones perdiera buena parte de su fundamento y se mantuviera sólo por respeto a la tradición (125).

En cualquier caso, vemos cómo durante este período aparecieron un conjunto de disposiciones cuyo denominador común parece estar en un deseo de favorecer y mejorar desde el punto de vista patrimonial la situación del cónyuge, que hallarán además su correlativo en una mayor frecuencia y amplitud de las disposiciones voluntarias realizadas en favor del otro consorte, influenciada sin duda por la concepción cristiana del matrimonio (126). Esta tendencia encontrará su punto culminante en la obra legislativa de Justiniano, marcada hasta tal punto por el deseo de proteger a la mujer casada, que se le ha llegado a llamar por esta razón *legislator uxorius*.

3.2. *La Novela 118 y el nuevo orden sucesorio establecido a favor de los parientes: subsistencia de la bonorum possessio unde vir et uxor*

La actuación del emperador Justiniano en materia de sucesión intestada no se limitó a efectuar una mera reforma sino que intervino en ella organizándola desde la base, pues derogó el antiguo régimen legal de las XII Tablas, todavía vigente, y lo reemplazó por un sistema orgánico y totalmente nuevo que adoptó, además, como único criterio para establecer los llamamientos, el parentesco de sangre entre sucesor y sucedido. De ahí la importancia de la Novela 118, del año 543, incrementada, de un lado, por el hecho de que la situación inmediatamente anterior a la que puso fin era, como consecuencia del gran número de normas que se entremezclaban para regu-

(123) Sobre la *confirmatio donationis*, vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 679 y sigs.

(124) En lo sucesivo encontraremos sólo subsistentes incapacidades de carácter especial, como la de la viuda que violaba el año de luto, que fue confirmada por la Novela 22 de Justiniano, y, en general, aquéllas relacionadas con la legislación cristiana sobre segundas nupcias. Vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 167; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 417.

(125) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 667 y 684.

(126) En este sentido, HINOJOSA, «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 12.

larla, de un gran confusionismo y complicación (127), y de otro, porque los principios en que se fundó serán los mismos que pasen, en lo esencial, a las legislaciones modernas (128).

La Novela 118 estableció cuatro órdenes o clases de herederos intestados que eran llamados según la *successio ordinum et graduum* (129):

- En primer lugar heredaban todos los descendientes del causante, con independencia de que al tiempo de su muerte se encontraran o no bajo su potestad. La distribución de la herencia se hacía por cabezas, si todos eran del mismo grado, o por stirpes, en caso contrario.
- En defecto de los anteriores, eran llamados los ascendientes junto con los hermanos y hermanas germanos y los hijos de éstos, en caso de que sus padres hubieran premuerto. Si sólo había ascendientes de igual grado, la división de la herencia se efectuaba por líneas, paterna y materna, y, después, por partes iguales en cada línea. Siendo de distinto grado, el más próximo excluía al más remoto. Si sólo había hermanos y/o hermanas el reparto se hacía por cabezas, y si concurrían con ascendientes la división se hacía igualmente por partes iguales entre todos ellos. Por último, los hijos de hermanos o hermanas premuertos heredaban por stirpes la parte que hubiera correspondido a su padre en concurso con otros hermanos o hermanas del causante, y, desde la Novela 127, del año 548, en concurso también con ascendientes.
- La tercera clase comprendía a los hermanos y hermanas de vínculo sencillo, consanguíneos o uterinos, y a sus descendientes de primer grado. La distribución se hacía entre ellos por stirpes.
- En último lugar, eran llamados a suceder el resto de parientes colaterales, siguiendo el principio de proximidad de grado. Es discutido si,

(127) No obstante, el sistema justiniano de sucesión intestada tampoco ha estado exento de críticas en este sentido. Así, JÖRS-KUNKEL, comparándolo con el sistema alemán de parentelas, entienden que el sistema de las Novelas tampoco era completamente orgánico, lo cual no deja de ser una característica general de la complicada estructura del Derecho hereditario romano («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 441).

(128) Así lo ponen de relieve, entre otros, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 878.

(129) Cfr. SCHOELL, R.-KROLL, G., *Corpus Iuris Civilis*, Editio stereotypa quarta, vol. tertium, Novellae, Berolini, 1912, págs. 567 y sigs.

Para el orden sucesorio establecido por ésta, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 902 y 903; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 447 y 448; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 543 y 544; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 54 y sigs.; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 309 y 310; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 324 y 325; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 877 y sigs.; IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 585 y sigs.

puesto que la Novela no estableció nada, no existía límite en el llamamiento, o si, por el contrario, debía entenderse subsistente el establecido por el edicto del pretor (130).

Como se ve, el orden sucesorio establecido sólo determinaba una prelación en relación con los parientes del causante, sin hacer ninguna referencia al cónyuge sobreviviente. Ello ha llevado a que la doctrina mayoritariamente considere subsistente el llamamiento del régimen anterior a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, en defecto de todos los parientes sin limitación de grado, o con el límite mismo del edicto pretorio, según se considere (131). Teniendo en cuenta que la legislación justiniana actuó siempre en la línea de favorecer al cónyuge, parece más adecuado entender que permanecieron vigentes tanto el llamamiento a la *bonorum possessio* a su favor, como probablemente también los límites de grado de la sucesión de los colaterales, pues, en caso contrario, se estaría perjudicando al supérstite en contra del espíritu de esta misma legislación, bien no llamándole nunca a la sucesión intestada, bien haciendo su derecho todavía más ilusorio de lo que lo era con anterioridad.

La subsistencia de la *bonorum possessio unde vir et uxor* será, por otra parte, el único residuo que quede del antiguo y anacrónico dualismo clásico entre los dos sistemas sucesorios tradicionales, el de la *hereditas* civil junto con el de la *bonorum possessio*, a la que Justiniano no hizo directamente ninguna referencia. Por tanto, ésta habría desaparecido del panorama sucesorio pero no completamente, sino sólo en relación con los órdenes expresamente contemplados por las Novelas (132).

(130) Novela 118,3: «...*Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicuti diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniore gradu ipsi reliquis praeponantur...*». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 570 y 571.

Entienden que el tope del sexto grado, o del séptimo, en determinados casos, fue suprimido por las Novelas, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 447; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 55, e IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 586. Por el contrario, se manifiesta a favor de la subsistencia de los límites de la *bonorum possessio unde cognati*, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 325.

(131) La doctrina romanista se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la permanencia del llamamiento del cónyuge viudo a la *bonorum possessio*. Así, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 903; BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, pág. 416; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 441 y 447; FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 48; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 544; implícitamente, VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 56; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 325; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 879; IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 586. Señala sólo la probabilidad de que subsistiera SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 82.

(132) Por ello, BONFANTE la califica como el instituto más resistente del Derecho pretorio, pues ni siquiera con las Novelas se puede decir que dejara de existir («Corso...», *op. cit.*, pág. 416).

3.3. *Las Novelas 53 y 117: nacimiento de la quarta uxoria*

La situación con que se encontró Justiniano en orden a los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, en particular, de la parte más necesitada de protección, la mujer, no era, ni mucho menos, alentadora. Su subsistencia quedaba prácticamente supeditada a la existencia de disposiciones que dependían de la autonomía de la voluntad, pues, legalmente, sólo era llamada a la sucesión de su consorte en un muy lejano lugar que difícilmente se haría efectivo alguna vez. De ahí que toda la legislación del emperador en esta materia se orientara a favorecer y garantizar la posición de la viuda tras la disolución del matrimonio. Una aportación importante supuso toda la modificación del régimen dotal, ya examinada, pero quizás la más emblemática institución justiniana establecida a favor de la mujer sea la *quarta uxoria* (133).

En las Novelas 53, del año 537, y, sobre todo, en la 117, del 542, Justiniano reguló un derecho que pretendía garantizar la subsistencia de la viuda con escasos recursos económicos. En virtud de la primera, se estableció el derecho recíproco de los cónyuges de recibir una cuarta parte del patrimonio del premuerto, cuando éste fuera rico y el supérstite pobre, con independencia de la existencia de hijos y de su número, y no pudiendo sobrepasar esta cuota la cantidad de cien libras de oro, a semejanza de lo ya determinado en la Novela 22 para el caso del marido que repudiara o abandonara sin justa causa a su mujer (134). La Novela 117,5 modificó las anteriores en el sentido de entender que sólo la mujer en tales circunstancias podría ser beneficiaria del derecho, nunca el marido. Además, la cuarta sólo podría pedirse en el supuesto de que los hijos fueran tres o menos de tres, pues, en caso contrario, la cuantía a recibir se reducía a una porción viril, que, por otra parte, sería sólo en usufructo si los hijos concurrentes fueran comunes (135).

(133) Vid., especialmente, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 109 y sigs.

(134) Novela 53,6: «...et sicut scripsimus legem volentem, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiae accipere eam, sic etiam hic, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filios, quartam partem substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint...». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 304 y 305. Para la Novela 22,18, cfr. págs. 157 y 158.

(135) Novela 117,5: «...uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque tres habuerit filios eius vir sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem quantum uni competit filiorum: ita quippe ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur quos ex ipsis nuptiis habuit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure habere eam res...». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 554 y 555.

El primer requisito a tener en cuenta era, puesto que se trataba de un derecho derivado de la calidad de cónyuge, que ambas partes estuvieran unidas al tiempo de la muerte del causante por un matrimonio válido: es lógico exigir en este sentido que los cónyuges no estuvieran separados, aunque, ciertamente, no se podría pedir que hubiera existido una convivencia no interrumpida a lo largo de todo el período matrimonial (136).

Las Novelas exigían que la viuda fuera pobre e indotada. No obstante, una adecuada interpretación de las mismas ha entendido que también en los casos en los que fuera dotada pero en cuantía insuficiente para poder subsistir podría solicitar el beneficio patrimonial en que la cuarta consistía, con base en que ello no estaba expresamente excluido por la ley y de nuevo de acuerdo con el espíritu inspirador de la legislación justiniana (137).

Por lo que se refiere al requisito de que existiera una posición social desahogada en el marido (*locuples*) y de necesidad en la mujer, éstos eran conceptos relativos que obligarían lógicamente a realizar una valoración flexible en función de las circunstancias particulares del caso concreto (138).

Pues bien, una vez determinado en qué consistía la *quarta uxoria*, una de las cuestiones más interesantes que se plantean es sin duda la de determinar su calificación jurídica.

La viuda tenía derecho en todo caso a la atribución determinada por la ley, pero no toda viuda, sino sólo aquella que se encontrara en las especiales circunstancias examinadas al tiempo de la muerte del causante, y, por supuesto, nunca el viudo. Ello excluye que podamos hablar de la existencia de un derecho legitimario establecido en favor del cónyuge supérstite (139).

Se trataba de una atribución patrimonial fundada en una situación particular y destinada a satisfacer un fin igualmente especial, atender a la seguridad de la viuda carente de medios. Por tanto, lo que ésta tenía sería algo bastante aproximado a un derecho de crédito a satisfacer contra los herederos

(136) FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 111.

(137) Así, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 110.

(138) FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 111.

(139) La legítima material o derecho intangible a un determinado contenido patrimonial de la herencia fue formándose progresivamente, como ya vimos, a favor de determinadas categorías genéricas de personas, que, en el Derecho justiniano, eran los descendientes, ascendientes y hermanos del causante, estos últimos si habían sido puestos a persona torpe, pero nunca el cónyuge. Sólo ellos podían entablar la *querella inofficiosi testamenti* en caso de que el causante les hubiera privado de la porción que legalmente les era debida, al igual que el resto de mecanismos protectores de la misma. Sobre el régimen de ésta, su cuantía, la *querella*, la *actio ad supplendam legitimam* y demás medios configuradores de la regulación de la *portio debita* en el Derecho justiniano, sobre todo a partir de la reforma que supuso la Novela 115, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 913 y sigs.

del marido, verdaderos obligados por las cargas de la herencia. Es por ello por lo que a la viuda que recibía la cuarta nunca se le podría atribuir tampoco la cualidad de heredera por este concepto, pues, en definitiva, lo que recibía no era más que una aportación de fines alimenticios que reposaba sobre la idea romana de la protección debida hacia los próximos, el *officium pietatis*, y cuyo pago correspondía hacer efectivo a los herederos, en cuanto principales destinatarios y únicos responsables del caudal relicto. La cuarta suponía para su beneficiaria una adquisición siempre a título particular, y sólo en el supuesto de que el causante la hubiera instituido heredera tendría ésta responsabilidades en la herencia, las cuales serían siempre, por tanto, ajenas a la atribución de la cuarta (140).

Tomando por base este género de consideraciones, la *quarta uxoria* ha sido calificada de «sucesión extraordinaria» (141), de «especie de ganancia de supervivencia» (142), o, simplemente, de «participación especial impuesta por la ley» (143), si bien, desde el punto de vista romano, es posible simplificar bastante la cuestión, pues este tipo de beneficios legales a título singular entraban todos en el concepto de las *mortis causa capiones*, es decir, de las adquisiciones por causa de muerte que no tenían atribuido otro nombre específico (144).

En cualquier caso, la importancia de esta institución ha de ser siempre resaltada porque, aunque quizá llegara demasiado tarde al Derecho romano (145), y aunque únicamente diera plasmación legal a la idea de atender a

(140) FADDA niega el carácter de heredera de la viuda destinataria de la *quarta uxoria* alegando la contraposición que resulta de la Novela 117 entre los derechos de los hijos herederos y los de la viuda, la declaración expresa de Justiniano en la Novela 53 de querer atribuir a la viuda pobre un favor patrimonial de igual modo que a la mujer repudiada en la Novela 22 y, en general, el modo de expresarse de éste. Vid. «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 111 y sigs. No obstante, este mismo autor se muestra contrario a la consideración de la cuarta como un legado legítimo, fundamentalmente porque puede dar lugar al equívoco de creer que tales adquisiciones tenían por base la voluntad presunta del causante. Considera preferible por ello entender que suponía una mera ventaja patrimonial o adquisición a título singular. Vid. *op. ult. cit.*, págs. 120 y sigs. Niega también que la viuda pobre que recibe este beneficio sea heredera, pero la califica sin problemas de legataria *ex lege*, VOCL, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 58 y 755.

(141) Así, VOCL, que distingue además entre sucesión extraordinaria legítima y necesaria, reuniendo la cuarta de la viuda pobre las dos características, pues, además de operar en la delación intestada, limitaba la facultad de disposición del testador. Vid. «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 56 y sigs.

(142) LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 194.

(143) ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 891.

(144) Sobre las mismas, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 121 y sigs.

(145) No obstante, nunca llegó a ser una institución de Derecho vulgar, sino que se mantuvo dentro de los límites del Derecho romano postclásico. En este sentido, KASER explica cómo las instituciones que fueron conscientemente creadas y planificadas por los emperadores postclásicos no pueden considerarse vulgares. Tampoco entrarían en tal

la seguridad de la viuda, constituye, junto con los derechos de viudedad del Derecho germánico, un posible origen o punto de partida de lo que es actualmente la legítima viudal. La cuarta marital, si bien es cierto que, por sus especiales características, no puede considerarse un verdadero precedente, marcó sin duda un comienzo en la sensibilidad histórica desarrollada siglos más tarde sobre la situación económicamente digna que debía asegurar la ley al supérstite tras la disolución del matrimonio, sobre todo en una época en que las reticencias a considerarle un heredero relativamente próximo en la sucesión intestada eran todavía demasiado grandes (146).

III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

1. ÉPOCA VISIGODA

1.1. *Pervivencia de la tradición romanística en el llamamiento intestado a favor del cónyuge*

Con carácter general, las leyes visigodas se distinguieron por ser una obra legislativa de continuidad con respecto a la llevada a cabo por los emperadores romanos. El Código de Eurico (C. E.), primer conjunto visigótico de normas escritas tras la desaparición de la hegemonía romana, es considerado como una fuente de Derecho romano vulgar, y su autor como el nuevo responsable del progreso jurídico, sustituto en este sentido de los príncipes de la última época romana (147). Tanto es así que se ha llegado a decir que, si bien

concepto reformas que culminan una tendencia anterior, como la superación del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium*, ni instituciones de origen provincial, no genuinamente romanas, como la *donatio ante nuptias*. Vid. KASER, M., «El Derecho romano-vulgar tardío» (*AHDE*, 1960, págs. 622 y 623).

(146) Así, ha considerado que la actual legítima viudal del Código Civil (arts. 807.3.º y 834 y sigs.) arranca de la *quarta uxoria* romana, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 398.

También ha sido importante su presencia en aquellos territorios forales que recibieron más intensamente la influencia del Derecho romano en la época de la Recepción. Así, por ejemplo, los *Furs* valencianos, vigentes de 1240 a 1707, tuvieron una institución muy similar a la *quarta* justinianeas. Vid. MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El Derecho de Sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de València, Valencia, 1998, pág. 287. Y, actualmente, todavía se conserva en Cataluña la cuarta viudal, con origen en su homóloga romana (arts. 379 a 386 CSC).

Sobre la influencia de la *quarta uxoria* en Derecho comparado, vid., por ejemplo, respecto a su recepción en el Derecho francés, TURLAN, J. M., «Recherches sur la quarte du conjoint pauvre» (*Revue Historique de Droit*, 1966, págs. 210 y sigs.).

(147) Vid. D'ORS, A., «El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices» (*Estudios Visigóticos II, Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, núm. 12, Consejo Superior

el poder de los reyes visigodos iba aumentando paulatinamente en los territorios sometidos, por contra, la cultura romana había ya desde un principio dominado a los invasores (148). Sólo en relación con determinadas instituciones o puntos concretos de las mismas se dejó sentir la influencia germánica, como la dote o el régimen económico matrimonial (149).

Resultado también de la evolución del Derecho romano será el predominio de la sucesión legítima sobre la testamentaria (150), y, particularmente, el mantenimiento en el Código de Eurico (Título XXX. *De successionibus*), y, en general, en toda la legislación visigótica, de un sistema sucesorio intestado con-

de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1960, págs. 1 y sigs.). De hecho, el llamado Código de Eurico no es en realidad más que un edicto, que suplanta a otro, el *edictum Theodorici*, según D'ORS, que sólo pretendía aclarar puntos concretos presuponiendo la aplicación general del Derecho romano, todavía vigente. Es más, incluso sus innovaciones estarán siempre en la línea del último Derecho romano (*op. cit.*, págs. 7 y 8). Sobre la romanización de la legislación visigoda, vid. también WIEACKER, F., *Storia del Diritto privato moderno*, traduzione italiana di Umberto Santarelli e Sandro-A. Fusco, volume primo, Giuffrè Editore, Milano, 1980, págs. 40 y 41; MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808, págs. 17 y 18; HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, edición facsímil, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 7 y sigs. Se muestra sin embargo más crítico con relación a la utilización de las fuentes romanas ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda*, traducción del alemán por Carlos Clavería, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, pág. 223, especialmente para la sucesión intestada, págs. 280 y sigs.

(148) D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 6.

(149) D'ORS reconoce la existencia de vestigios o infiltraciones de costumbres germánicas en el Código de Eurico, que habrían ido apareciendo progresivamente en el Derecho visigodo y en el hispánico en general, procedentes del pueblo franco, pero siempre partiendo de la gran romanización que se observa en estos primeros tiempos. Vid. «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 9 y sigs. La relación entre el Derecho romano y tales elementos fue sin duda favorecida por la vulgarización del primero, que le acercó a los arcaicos Derechos germánicos (KASER, «El Derecho romano-vulgar...», *op. cit.*, págs. 628 y 629). A partir de Recesvinto ya será posible observar una mayor presencia del Derecho germánico en el reino visigodo, y ello a pesar de que tanto la monarquía como la iglesia se esforzaron por eliminar estas costumbres del ordenamiento civil, contrarias al pensamiento cristiano y a la soberanía del Estado. Vid. HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 9 y sigs.

(150) Vid. OTERO, A., «La mejora» (*AHDE*, 1963, págs. 24 y 25). Según este autor, la crisis de la sucesión testada en los últimos tiempos del Derecho romano vino marcada por la frecuencia del codicilo y el progresivo debilitamiento del testamento. No obstante, también hay que tener en cuenta que en el influyente Derecho germánico la regla era la sucesión legal basada en el parentesco (no en la romana voluntad presunta), y que sólo a partir de la próxima Edad Media empezará a admitirse en él una sucesión voluntaria, siempre con carácter excepcional. Vid. PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 343 y sigs.

servador de los principales rasgos del orden justiniano (151). Así, tras el llamamiento de descendientes, ascendientes y colaterales de séptimo grado, el cónyuge viudo fue llamado en C. E. 334 a toda la herencia del causante:

«*Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus invenitur*» («El marido y la mujer se heredarán uno al otro tan sólo cuando no se encuentra ningún otro próximo o pariente cualquiera hasta el séptimo grado») (152).

Al respecto, la doctrina está de acuerdo en entender mayoritariamente que esta disposición consagra de nuevo el llamamiento *unde vir et uxor* romano: el séptimo grado no es una limitación de creación visigoda sino una simplificación de la establecida en la *bonorum possessio unde cognati*, al generalizarse lo que en esta última sólo se aplicaba para los *a sobrino vel sobrina natus*, el séptimo grado (153). Tan fielmente se sigue en esta norma el Derecho romano que incluso se llega a excepcionar el principio feudal de que la viuda que contrajera segundas nupcias o llevara vida deshonesta debía perder lo adquirido en la herencia del marido, pues tal condición aquí no

(151) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 37 y sigs. Según este autor, no hay ningún punto en este Título en el que se pueda decir que influyeran las concepciones germánicas. Ni siquiera en la regla referente a la imposibilidad de las mujeres de disponer de los inmuebles heredados, que quedaban reservados a sus herederos legítimos, pues este principio aparentemente novedoso lo entiende relacionado con los vestigios de la capacidad limitada de las mujeres sometidas a tutela familiar. Vid. *op. cit.*, págs. 248 y sigs., especialmente pág. 252. Siguiendo a este autor, OTERO, A., «Aventajas o mejoría, Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente», en *AHDE*, 1960, págs. 494 y 495, y, en el mismo sentido, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 172; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 419.

(152) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 42 y 43.

C. E. 336, incompleto, debió de contener un cuadro general de los llamamientos a la sucesión intestada. No obstante, su reconstrucción es bastante fiable por comparación con las leyes *antiquas*. Incluso se puede deducir una concurrencia de ascendientes y hermanos, a semejanza del Derecho justiniano. La preferencia total de los ascendientes sobre los colaterales no llegaría hasta Leovigildo. Vid. *op. cit.*, págs. 268 y sigs.

(153) Vid., especialmente, D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 266 y 267. El mismo límite del séptimo grado vuelve a aparecer además en C. E. 335, para determinar el derecho a suceder de la iglesia a la que pertenecieran los clérigos, monjes y religiosas que murieran intestados y sin parientes de tal condición. Cfr. *op. cit.*, págs. 42 y 43. En el mismo sentido, GACTO FERNÁNDEZ, E., *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 27, 1975, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pág. 145; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 186, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 440, y BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pág. 292.

En contra, entendió que tal límite era visigótico, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 298 y 299.

aparece, si bien es cierto que tampoco existirían los parientes con derecho a reclamar tal adquisición (154).

La única particularidad a tener en cuenta está en que, a pesar de que el llamamiento en principio era a toda la herencia y en plena propiedad, quizá la mujer llamada a la sucesión intestada no podría nunca disponer de los bienes inmuebles, consecuencia del principio general que inspira toda la regulación euriciana de que ésta no puede enajenar los inmuebles heredados en garantía del derecho de los hijos y cuya principal aplicación estuvo, como veremos, en la cuota hereditaria que le señaló C. E. 322 (155).

Vemos, por tanto, cómo, en el estricto llamamiento intestado, se siguió dedicando al cónyuge superviviente una atención aislada y excepcional, a través de su colocación en un puesto del orden sucesorio en el que realmente las posibilidades de sucesión serían muy remotas. Y ello por inercia de la tradición romana.

La misma norma será recogida por Leovigildo y, a través de éste, llegará al *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* de Recesvinto, del año 654 (156), y a su versión romanceada, el Fuero Juzgo (157). La regulación de la sucesión intestada en este último código, considerado primer cuerpo legislativo nacional digno de atención (158), se ubicó en el Título II del Libro IV («*De successio-nibus*»/ *Títol de los herederos*) (159), tomando por fundamento el parentesco de consanguinidad, base del Derecho sucesorio germánico (160), pero también de

(154) En este sentido, la explicación de GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 9, 10, 145 y 222.

(155) Así, D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 267.

(156) L. V. 4.2.11 *antiqua*: «*Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant, quando nulla adfinitas usque ad septimum gradum de propinquis eorum vel parentibus inveniri poterit*». Cfr. *Textos de Direito visigótico*, I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1923, pág. 166.

(157) F. J. 4.2.11: «*El marido debe aver la buena de la muier, é la muier debe aver la buena del marido quando non ay otro pariente fasta séptimo grado*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos antiguos de España*, colección completa de todos los Códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, Madrid, 1885, vol. primero, pág. 31.

(158) MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 16.

(159) Rúbrica idéntica a la del Código de Eurico, primer indicio de la similitud entre ambas normas. Cfr., para el *Liber*, «Textos...», *op. cit.*, pág. 161, y, para el Fuero Juzgo, MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 30.

(160) El derecho hereditario de los parientes de sangre evolucionó desde la antigua comunidad doméstica o círculo estricto de personas que componen la casa hasta la cristalización en la Edad Media del llamado sistema de parentelas, pasando por la sucesión de generaciones tras la descomposición de la primera. Vid. PLANITZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 347 y sigs. Sobre la evolución de la antigua comunidad patrimonial germánica, también, BRUNNER-V. SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, traducido y anotado por José Luis Álvarez López, Labor, Barcelona, 1936, págs. 237 y sigs.

la sucesión *ab intestato* romana de la Novela 118 (161). *L. V. 4.2.11*, y su correspondiente norma del Fuero Juzgo, reguladoras del derecho del cónyuge sobreviviente en la sucesión *abintestato* a falta de parientes colaterales de séptimo grado, se corresponden casi literalmente con C. E. 334, por lo que no parece necesario volver a insistir (162).

Hasta aquí el precedente gótico en cuanto a la sucesión recíproca de los cónyuges en la herencia intestada, que, como hemos visto, no modificó el poco favorecedor límite establecido por el Derecho romano para que procediera, y que, como veremos, tampoco será modificado durante toda la época medieval.

1.2. *El Fuero Juzgo y el origen de los derechos de viudedad*

La total subsidiariedad de la posición del cónyuge supérstite en la sucesión intestada se ha intentado desde antiguo compensar con la concesión de otro tipo de derechos dirigidos fundamentalmente a proteger la situación de la mujer durante su viudez. Así sucedió con la *quarta uxoria* justinianeas y después con C. E. 322, que, si bien contiene una disposición distinta, se puede ver en ella una cierta similitud, pues estableció el derecho de la madre viuda a recibir una porción en usufructo de la herencia del marido igual a la que recibiera cada uno de los hijos y siempre bajo la condición de que no contrajera segundas nupcias (163). Esta regla constituye una muestra más

(161) En contra, ZEUMER, para el que en la *Lex Visigothorum* sólo había influencia romana, nunca imitación o utilización de la Novela 118: la sucesión prioritaria de los descendientes, en su defecto, de los ascendientes, y, en tercer lugar, de los colaterales, fue, para este autor, una consecuencia de la sucesión cognaticia germánica. Vid. «Historia...», *op. cit.*, págs. 280 y sigs.

(162) Sobre el orden sucesorio de los parientes establecido en el *Liber*, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 287 y sigs., del que merece destacarse la aparición de una distinción entre los bienes ganados y heredados por el causante cuando de la sucesión de los ascendientes se trataba, incipiente derecho de troncalidad que adquirirá en los Fueros municipales de la Alta Edad Media, como veremos, su máximo desarrollo. Así se plasma en F. J. 4.2.6. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 31.

(163) C. E. 322: «*Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat...*» («Si la madre permaneció en viudedad, tenga, en usufructo, una porción más entre sus hijos, esto es, como uno de los hijos; que posea en derecho de usufructo hasta su muerte...»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 38 y 39.

A favor del origen de esta norma en el último Derecho romano, en el que fue tomando forma la tendencia a reducir al usufructo el derecho de la mujer sobre los bienes procedentes de disposiciones voluntarias del marido en su favor, que Eurico llevó a sus últimas consecuencias, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, pág. 313; D'ORS, «El Código de Eurico...»,

de la preocupación de este Código por regular la posición sucesoria de la mujer y supuso una aplicación concreta del principio general apuntado de que éstas no podían disponer de los inmuebles, en beneficio de sus sucesores legítimos, aunque con extensión a todos los bienes heredados, muebles e inmuebles (164). La doctrina entiende que C. E. 322 reconoció una cuota hereditaria a la *uxor* en el régimen de la sucesión legal (165), nunca una legítima viudal, fundamentalmente porque era sólo reconocida a la viuda, porque estaba sometida a la condición de permanencia en viudedad y porque no se decía nada para el caso de que la misma no tuviera hijos (166).

El mismo *Codex Euricianus* reconoció también al marido viudo, mientras se mantuviera en tal estado, un derecho de usufructo sobre los bienes de la madre premuerta (167), pero éste, a diferencia del anterior, no constituyó

op. cit., pág. 260; OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 495, «La mejora», *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 171 y 172, 184 y 185, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 419, 437 y 438. En relación con esta evolución, hay que puntualizar, con GACTO, que ahora nos encontramos también ante un régimen usufructuario pero en una sucesión legal («La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 144). Y no estaría de más tener en cuenta cómo en los Derechos de origen germánico se dieron muy pronto concesiones hereditarias a favor del cónyuge, que fueron más allá de ser una mera garantía de subsistencia para la viuda pobre, consecuencia de la elevada posición que la mujer tenía en el matrimonio, del rápido nacimiento de la idea de asociación matrimonial entre cónyuges y de la búsqueda de protección del interés familiar. Vid. PLANITZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 301 y sigs.

(164) Vid. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 252 y 253, 265.

(165) D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 258; OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 496 y 498, nota 12, *La mejora*, págs. 41 y 42, y GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 141 y sigs.

La madre tenía un deber de conservación de los bienes sancionado en caso de incumplimiento y no podía mejorar con ellos a uno sólo de los hijos. No obstante, sí podía ceder el ejercicio del usufructo a uno o a varios de ellos. Sobre el régimen de este derecho, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 310 y sigs.; D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 258 y sigs.

(166) En relación con este supuesto, GACTO señala la posibilidad de que la participación usufructuaria de la viuda se fijara con relación a la cuota recibida por los parientes más cercanos, a quienes pasarían íntegramente los bienes del premuerto («La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 142 y 222).

(167) C. E. 321: «*Si marito superstite uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio procreati in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideant ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. 2. Fructus tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. 3. ...*» («Si viviendo el marido muere la mujer, los hijos nacidos de aquel matrimonio queden en administración de su padre, y, siempre que no se case de nuevo, posea éste los bienes de aquéllos, de forma que no intente vender o malgastar o enajenar de otro modo cualquiera nada de aquellos bienes, sino que conserve todo íntegra y escrupulosamente para sus hijos. 2. Tome para sí, en cambio, todos los frutos y gástelos juntamente con sus hijos en las necesidades comunes. 3. ...»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 36 y sigs.

una cuota hereditaria sino que fue simplemente una consecuencia de la patria potestad que seguía ejerciendo el padre sobre los hijos, pues consistía únicamente en un derecho de retención sobre tales bienes, que heredaban estos últimos, y que, a diferencia del de la viuda, disminuía en caso de emancipación de los mismos por matrimonio (debía entregárselos, reteniendo sólo un tercio en usufructo) o mayoría de edad (debía entregarles la mitad y retener el usufructo de la otra mitad) (168). En otras palabras, el derecho del padre viudo sobre los *bona materna* estaba condicionado al tiempo que perdurara su autoridad sobre los hijos (169).

Pues bien, estos mismos derechos pasaron, manteniéndose en lo sustancial, al *Liber Iudiciorum* (170), y, por extensión, a nuestro Fuero Juzgo (171).

No obstante, en cuanto a la viuda, hay una importante diferencia que hacer notar en relación con este último conjunto de leyes, y es que, como consecuencia de la consagración legal en la época postgótica de la comunidad de ganancias entre cónyuges (172), este derecho ya no se entenderá a

(168) En este sentido, OTERO, «La mejora...», *op. cit.*, págs. 39 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 140 y 141.

(169) Sobre la influencia también en este derecho de las directrices del Derecho romano del Bajo Imperio y su contenido, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 300 y sigs.; D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 257 y 258; OTERO, «La mejora...», *op. cit.*, págs. 17 y sigs., 40 y 41. Especialmente sobre su régimen, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 138, 142 y 143, en las que analiza las diferencias con el usufructo de la viuda, tanto por razón de las causas que subyacen en la prohibición de segundas nupcias condicionante del disfrute del derecho (evitar que se obstaculice el paso de los bienes a los hijos comunes, en caso del viudo, y la conceptualización de una infidelidad póstuma, en caso de la viuda), como por razón de su cuantía y finalidad.

(170) *L. V. 4.2.14*, para la viuda, y *L. V. 4.2.13*, para el viudo. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 167 y sigs.

Sobre el contenido de ambas normas a través de sus varias redacciones, desde Eurico hasta Ervigio, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 299 y sigs.

(171) F. J. 4.2.14, para el viudo, y 4.2.15, para la viuda. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

(172) La regulación de la comunidad de ganancias entre marido y mujer, vigente antes por vía consuetudinaria, la da Recesvinto, cuya particularidad más destacable está en que el reparto de los bienes comunes tras la muerte de uno de los cónyuges había de realizarse en proporción a los aportados por cada uno (*L. V. 4.2.16* y F. J. 4.2.17. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 172 y 173, y MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 32, respectivamente). No obstante, en Castilla se siguió siempre la costumbre del reparto por mitad. Vid. MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 216; ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 314 y 315; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 187 y sigs., «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 442 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 278 y 279. Específicamente, COLLANTES DE TERÁN de la HERA, M.^a J., *El régimen económico del matrimonio en el Derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 104 y sigs.

Ello no constituyó más que el resultado de una larga evolución que se produjo en los pueblos germanos, que arrancó de la llamada comunidad de administración de los tiempos

partir de este momento como una cuota hereditaria legal en la herencia del marido, sino como un derecho de viudedad, pues la anterior dejó de considerarse necesaria en un régimen de bienes comunitario. En efecto, el Fuero Juzgo, en la ley 15 del Título II del Libro IV (173), otorga a la viuda que permanezca en tal estado un derecho igual al de los hijos, aunque en usufructo, sobre los bienes de la herencia del marido premuerto: su redactor parece que lo concibe ya como derecho de viudedad y no simplemente como cuota hereditaria, subsistente todavía en *L. V. 4.2.14* (174), que no encajaba en un ambiente de comunidad patrimonial familiar en el que, a la disolución del matrimonio, la mujer, igual que el marido, haría suya su participación en las ganancias o bienes adquiridos durante su vigencia (175).

De otra parte, la importancia de este régimen estriba en que habría venido a remediar en lo posible el escaso favorecimiento del cónyuge en el orden de la sucesión intestada, y, sobre todo, en que ha sido considerado por algunos como el más antiguo precedente nacional de la legítima viudal consagrada en los artículos 807.3.º y 834 a 840 del Código Civil (176).

más antiguos, basada en la idea de patrimonio familiar, luego desplazada por la comunidad de bienes o ganancias, con fundamento en la de patrimonio matrimonial. Vid. PLANTZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 304 y sigs., y, sobre las consecuencias económicas de ambos regímenes tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y su relación con la concesión de derechos hereditarios, págs. 311 y sigs., 353. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el mismo Derecho romano, tan caracterizado por la separación de bienes, experimentó, en su última época, como vimos, una evolución hacia la comunidad matrimonial de bienes, que pudo ser consumada por la legislación visigoda. En este sentido, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 186 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 441 y sigs. Expresamente hace referencia a las dos tradiciones, germánica y romana, de las que habría tomado su base el régimen de ganancias, GÁMEZ MONTALVO, M.ª F., *Régimen jurídico de la mujer en la familia castellana medieval*, Comares, Granada, 1998, págs. 87 y 88.

(173) F. J. 4.2.15: «*La madre si se non casare depues de la muerte del marido, deve partir egualmiente en todos los fructos de la buena de su marido con sus fijos mientras visquiere; mas ni lo puede vender, ni dar á ninguno de sus fijos...*». Cfr. MARTÍNEZ AL-CUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 32.

(174) *L. V. 4.2.14*: «*Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem; quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis conferre presumat...*» Cfr. «Textos...», *op. cit.*, pág. 171.

(175) Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 497 y 498; «La mejora...», *op. cit.*, pág. 42, al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(176) MUCIUS SCAEVOLA se mostró favorable a la hipótesis de que, partiendo de los Derechos de origen germano, el usufructo viudal arraigó en el Fuero Juzgo y se conservó en éste durante la invasión árabe en Asturias y en el reino de Sobrarbe, hasta que, con la Reconquista y la formación de los Reinos independientes, se desarrolló extensamente en Aragón y Navarra, primero como privilegio de los infanzones y limitado a la viuda, y luego como derecho de toda clase social y también del viudo. En éste se habría inspirado, a su juicio, el legislador del Código Civil. Vid. «Código Civil», *op. cit.*, tomo XIV, arts. 806 a 857, Reus, Madrid, 1944, págs. 638 y sigs. En el mismo sentido, VALVERDE y

Por último, hay que tener también en cuenta otros medios de atribución de bienes con que contaban los cónyuges, principalmente la mujer, en esta época, que, lógicamente, contribuirían también a que se alcanzara una mejor situación patrimonial tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de ellos.

Desde el punto de vista legal, hoy se entiende que, tanto el Código de Eurico, en 327 (177), como la *L. V. 4.2.18* y su correspondiente del *Fuero Juzgo* (178), contenían una especie de sucesión intestada indirecta de la mujer en la herencia de su marido. Ello es así porque la viuda recibía los bienes de éste pero a través del hijo común intermedio que antes sucedía a su padre premuerto, al que posteriormente heredaba su madre (179). Es la llamada *luctuosa hereditas*, que, por suponer una atribución de bienes a la viuda procedentes de su difunto marido, se hacía siempre bajo la condición, típica de esta época y de todo el Derecho medieval, de que no contrajera posteriores nupcias (180). No hay ninguna disposición legal paralela para el caso del viudo que se encontrara en una situación semejante, si bien algún autor ha creído conveniente extenderle la aplicación de la mayor parte de este régimen (181).

También el régimen dotal ayudaría, como en el Derecho romano, a que la mujer tuviera la seguridad de poder disponer de un patrimonio propio a la disolución del matrimonio, sobre todo si tenemos en cuenta que su constitución era obligatoria y que uno de los fines que perseguía era precisamente éste, garantizar a las viudas su subsistencia y continuidad al frente del hogar

VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo V, Valladolid, 1926, pág. 250; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo III, Edición revisada y puesta al día por A. de Cossío y A. Gullón, Madrid, 1959, pág. 219.

En contra, CASTÁN TOBEÑAS, J., «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales» (*RGLJ*, 1915, núm. 126, págs. 26 y 27, nota 2).

(177) C. E. 327: «...2. *Nos modo meliori ordinatione consuimus ut patre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater dibeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua*. 3. ...» («Nosotros luego decidimos con mejor disposición que si el hijo murió, habiendo muerto antes su padre, la madre debe tener derecho a toda la herencia de aquél, con tal de que siga viuda tras la muerte de aquél»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 40 y 41.

(178) *L. V. 4.2.18*, redacción de Ervigio: «*Patre defuncto, si filius filiave decem sive amplius vel infra diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quidquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare...*». Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 174 y sigs.

F. J. 4.2.19: «*El padre muerto, si el fiio ó la fiia visquieren X. dias, ó mas ó ménos, é fuere baptizado, quanto quel pertenecie de la buena del padre, todo lo deve aver la madre...*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 32.

(179) GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 182 y 220.

(180) Las varias manifestaciones concretas de esta prohibición en la legislación visigoda derivan con toda probabilidad de la tradición ya formada en el Derecho romano. En este sentido, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 229 y sigs., y GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 184 y 185; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 439.

(181) Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 184 y 185, 225.

doméstico, para luego a su muerte pasar a los hijos (182). La particularidad más sobresaliente a tener en cuenta es que ahora se constituye por el marido o su familia, a diferencia de lo que sucedía en Derecho romano, lo cual ha dado lugar a que algunos autores consideren que con ello se introdujo en territorio hispánico la tradicional dote germánica, que permanecerá en vigor hasta las Partidas (183).

No obstante, la limitación de su cuantía a partir del reinado de Chindasvinto al máximo de la décima parte de los bienes del esposo nos induce a pensar que, no tratándose de maridos ricos, por sí sola difícilmente podría constituir un patrimonio de cobertura para la digna subsistencia de la viuda (184). Las aportaciones de la mujer al matrimonio quedaban reducidas al ajuar, que también era retirado por ésta de la masa hereditaria tras la muerte del marido (185).

En relación con la posibilidad de realizar disposiciones voluntarias a favor del cónyuge, nada obstaba para que, no existiendo descendencia directa, pudieran instituirse herederos el uno al otro (186), o hacerse legados,

Sobre el régimen de la *luctuosa hereditas*, sus posibles antecedentes y sus modificaciones en la legislación visigoda, vid. ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 316 y sigs.; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 181 y sigs., 225 y 226.

(182) En este sentido, dice BERMEJO que la dote se configura, cada vez más, «como una especie de seguro aplazado otorgado a la esposa para atender en la viudedad a la manutención propia y a la de la prole» («Parentesco...», *op. cit.*, pág. 275).

(183) Así, MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 205 y 206; HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, pág. 19, «Sobre la condición...», *op. cit.*, págs. 16 y 20; ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 225 y sigs.

En contra, OTERO, que entiende que la dote visigoda no constituyó más que el resultado de la evolución vulgarizadora de la *donatio ante nuptias* del Derecho romano, que ahora se llamará dote. Vid. «La mejora», *op. cit.*, págs. 26 y sigs., 60 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 65 y sigs., 214. En el mismo sentido, aunque reconociendo la probable influencia de principios germánicos, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 172 y 173; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 420 y 421.

(184) Sobre su regulación, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 225 y sigs., 332 y 333; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 73 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 173 y sigs., «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 422 y sigs. Es interesante destacar que, desde Chindasvinto, tres cuartas partes de los bienes dotales debían pasar a los hijos tras la muerte de la viuda, con lo que se le reconoció una libertad dispositiva sobre el cuarto restante. En caso de inexistencia de hijos, podría pues disponer de toda la dote. Sobre este punto, OTERO, que entiende que el cuarto de libre disposición de la mujer sobre la dote era una especie de cuota legítima que se habría confirmado en L. V. 4.5.2 como consecuencia de la consolidación de una práctica anterior («La mejora...», *op. cit.*, págs. 38 y 39, 57 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 74 y 215).

(185) Vid. MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 206 y 207.

(186) L. V. 4.2.20 permitió una total libertad de testar a falta de hijos, que debían resultar siempre beneficiados por lo que se llamó «derecho de expectativa hereditaria». Cfr. «Textos...», *op. cit.*, pág. 178.

sobre todo el marido a la mujer, en relación con los bienes que ésta había usado y disfrutado durante el matrimonio, a semejanza de la práctica romana (187).

En fin, en cuanto a las donaciones entre cónyuges, el Código de Eurico, en 307 (188), parece que estableció sus condiciones de validez, si bien esta disposición ha sido interpretada en el sentido de que sólo se refiere a los legados o donaciones testamentarias, de modo que el Derecho visigodo no habría sido distinto en este punto al romano, en el que había regido la regla de su prohibición (189). Tal norma fue además completada con C. E. 319, que condicionó la libre disposición de la viuda sobre los bienes donados por el marido a que no contrajera una unión ilícita (190). A partir de Leovigildo se redujo tal disponibilidad, en caso de existencia de hijos, a la quinta parte (191). Las donaciones *inter vivos* se permitieron a partir de Chindasvinto tras el primer año de matrimonio (192).

De hecho, ARVIZU recoge un tipo especial de testamento, el *ius liberorum*, procedente del Derecho romano, en el que los cónyuges sin hijos se instituían recíprocamente herederos en un mismo documento, quedando supeditada su validez a que posteriormente no sobreviniera descendencia, en cuyo caso sólo podían disponer libremente a favor de extraños, y, por tanto, a favor del otro cónyuge, de un quinto de sus bienes propios (ARVIZU Y GALARRAGA, F. DE, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Eunsa, Pamplona, 1977, págs. 299 y 300).

Igual condicionamiento existió en relación con las donaciones entre cónyuges, introducido por Ervigio en L. V. 4.2.19. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 176 y 177.

(187) Según OTERO, el sistema de los legados de *parata* romanos a favor de la mujer continuó inalterado bajo el imperio de la legislación visigoda, deduciéndose su subsistencia de la falta de referencia a ellos de unas leyes que fueron dirigidas únicamente a regular aspectos controvertidos o sobre los que recaía alguna modificación («Aventajas...», *op. cit.*, págs. 494 y 496).

(188) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 32 y 33.

(189) Vid. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 236 y 237. En igual sentido, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 179 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 430 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 282.

(190) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 34 y 35.

(191) L. V. 5.2.4 y 5. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 200 y sigs. Sobre esta regulación y sus modificaciones, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 334 y sigs.

No obstante, OTERO entiende que C. E. 319 no contiene un principio de libertad de disposición a favor de las viudas, sino que simplemente determina la excepción para el caso de que no tuvieran hijos, interpretación coherente con el principio inspirador de la legislación visigoda de acuerdo con el cual correspondía a la viuda el uso de los bienes familiares y su posterior destino a los hijos, que se aplicó también, como hemos visto, a la cuota legal de C. E. 322. La libertad de disposición (sobre el quinto) habría sido introducida, no reducida por Leovigildo. Vid. «La mejora...», *op. cit.*, págs. 42 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 131.

(192) L. V. 3.1.5. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 117 y sigs.

2. PARTICULARIDADES DE LA ALTA EDAD MEDIA: ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El período comprendido entre los siglos VIII y XIII ha sido tradicionalmente uno de los que más dificultades en el estudio ha ocasionado a los historiadores del Derecho. Y ello por diversas causas, aunque, fundamentalmente, ha sido la territorialización de las normas de esta época lo que ha llevado muchas veces a generalizaciones inexactas, tanto desde un punto de vista espacial como cronológico (193). Por eso, en relación con el tema que nos ocupa, resulta de la misma manera difícil dar un tratamiento uniforme y sistemático a la gran variedad de ordenamientos que regularon en la Alta Edad Media la situación del cónyuge supérstite, principalmente de la mujer viuda, pues, si bien podemos extractar un fondo común, resulta prácticamente inabarcable hacer referencia a todas y cada una de las peculiaridades que fueron apareciendo en los diversos fueros locales y territoriales que, en buena parte de las regiones, eclipsaron la autoridad del Fuero Juzgo. A ello además hay que sumar la especial circunstancia de que en esta materia la regulación fue muy amplia, debido sin duda a la frecuencia de las situaciones de viudedad de las mujeres durante la Reconquista, que habría originado una creciente necesidad de protegerlas frente a situaciones de indefensión (194).

Primeramente, en cuanto al régimen de la sucesión intestada, el orden sucesorio continuó prácticamente inalterado (195). El cónyuge supérstite siguió siendo llamado en ausencia de parientes del causante, lo cual en principio no es de extrañar, sobre todo si tenemos en cuenta la especial importancia que alcanzó durante el período medieval la sucesión familiar, basada únicamente en los vínculos de sangre (196).

(193) Vid. GARCÍA GALLO, A., «El problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad Media española» (AAMN, tomo X, 1959, págs. 250 y 251).

(194) GARCÍA ULECIA dice que la viuda poseyó una «entidad jurídica propia» que vino motivada por la amplia protección, sobre todo de carácter económico, que se le concedió en esta época (GARCÍA ULECIA, A., *Los factores de diferenciación entre las personas en los fueros de la Extremadura castellano-aragonesa*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 26, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pág. 315). Vid. DILLARD, H., *La mujer en la Reconquista*, traducción de Concepción Fernández, Nerea, Madrid, 1993, págs. 124 y 125.

(195) La importancia que la sucesión legítima llegó a adquirir en esta época es tal que el término *successio* sólo se utilizaba en relación con ésta. La pérdida gradual de importancia de la sucesión voluntaria desde el Derecho romano postclásico fue consecuencia de la presión ejercida por la comunidad familiar, a lo que habría que añadir el aislamiento y la pobreza como factores que influyeron también en la preeminencia de la sucesión intestada. Vid. GARCÍA GALLO, «El problema de la sucesión...», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.; ARVIZU, «La disposición *mortis causa*...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.

(196) El marcado carácter familiar de la sucesión en el Derecho altomedieval se relaciona con una mayor presencia en esta época del elemento germánico, otra de cuyas

Sin embargo, ello se llevó a tales extremos que, a falta de descendencia, la sucesión de una persona muerta sin testamento válido no se defería simplemente a los parientes más próximos en función de una supuesta presunta voluntad del causante, como sucedió en el Derecho justiniano, sino que se buscaba la procedencia de los bienes, paterna o materna, para, rompiendo así la unidad de la herencia, atribuirlos a los parientes de la línea de la que fueran originarios. Era la sucesión de la familia pero con un calificativo añadido, el de ser la familia de origen, tendente no sólo a la conservación de la misma sino también a la de la propiedad dentro de ella (*paterna paternis, materna maternis*) (197). La relación matrimonial continuó de este modo relegada más que nunca a la parental, con lo que, en concurrencia con los consanguíneos del causante, el cónyuge sobreviviente siguió prácticamente sin expectativas de llegar a ser heredero intestado (198).

No obstante, en compensación, y como consecuencia de ese aludido espíritu protector de la viudedad, se le concedió un recurso sumamente importante para atender a su subsistencia que consistió en otorgar al supérstite participaciones concretas y derechos preferentes sobre parte del patrimonio ganancial, lógicamente mucho menores que las que recibían los parientes, pero suficientes para su mantenimiento en una posición económicamente digna. Fueron los derechos de viudedad y las ventajas o mejorías, tan características de la Edad Media (199).

El derecho de viudedad, o facultad de la viuda, y algunas veces del viudo, de retener para sí determinados bienes, generalmente comunes, sin perjuicio

manifestaciones habría sido el principio de troncalidad. Vid. HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 22 y 23.

(197) Sobre el derecho de troncalidad en la Alta Edad Media, vid. BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 564 y sigs., que explica detalladamente a través de los distintos fueros cómo el éxito de la reversión hereditaria condicionó todo el sistema de sucesión intestada en ausencia de descendencia.

(198) Es más, el Fuero Viejo de Castilla, por ejemplo, recopilación de fueros y costumbres castellanas, ni siquiera hacía referencia al cónyuge supérstite. Así, la ley 1, del Título II, del Libro V, estableció que: «...e todo lo al, que ouier, devenlo eredar suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre, o de madre, e el mueble, e las ganancias devenlo eredar comunalmente los ermanos maguer que sean de sendos padres, o de sendas madres: e la erencia del patrimonio de vela eredar el pariente onde la erencia viene; e si ouier sobrinos fijos de ermano, que quieran eredar la buena del Tio, puedenlo auer de derecho en esta guisa...». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 97 y 98.

(199) En relación con el régimen económico-matrimonial de carácter comunitario, los Fueros Municipales de Castilla dieron cobertura legal definitivamente al principio de división por mitad en la liquidación, alterado, eso sí, por los derechos de mejoría y viudedad. Vid. BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 279 y 280, 362; DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, págs. 126 y 127, 141 y sigs.

de la parte que les correspondiera en la liquidación del patrimonio conyugal, cumplía con la aludida función de asegurar al supérstite unos medios de vida con los que poder hacer frente a su situación económica. Por ello seguirán apareciendo siempre condicionados a que no se contraiga ulterior matrimonio y la mayor parte de las veces consistirán en un usufructo, para que, a la muerte del beneficiario, reviertan a los parientes del causante (200).

Estas atribuciones no llegarán a constituir nunca un derecho demasiado amplio, por lo que, desde este punto de vista, parece que podía ser más favorable a la viuda el usufructo que, sobre una porción de bienes hereditarios igual a la que recibieran los hijos, le había concedido el Fuero Juzgo (201). Sin embargo, el régimen anterior cayó en el olvido por desuso en la mayor parte de la Península, sobre todo en Castilla, en la que, por un mayor influjo germánico, serán únicamente estas normas particulares de cada territorio las que regirán hasta la unificación y restauración del Derecho romano lograda con la Recepción (202). Donde realmente arraigaron y se desarrollaron los derechos de viudedad de origen visigodo fue en Aragón y Navarra: allí se formó con fuerza una institución que ha llegado hasta nuestros días (203).

Las ventajas o mejorías del Derecho medieval otorgaban al cónyuge sobreviviente el derecho a excluir de la partición determinados bienes, generalmente aquellos de naturaleza personal que en otros tiempos fueron objeto de los legados de *parata* romanos y que luego continuaron con una

(200) MARTÍNEZ MARINA expresó cuál fue el espíritu de la viudedad en los siguientes términos: «Nuestros legisladores, para estrechar más el nudo matrimonial y dar mayor firmeza al mutuo amor de los casados, y hacerles concebir ideas grandiosas del matrimonio, extendieron sus providencias y miras políticas aun mas allá de la vida de cada qual de los consortes, honrando la viudedad, haciendo que se respetase la condicion de las viudas proporcionando á éstas medios de subsistir entregadas con decoro y comodidad; obligándolas por motivos de honor y de interes á permanecer en ese estado al duelo y llanto de sus difuntos maridos, y prohibiendo que ninguna pudiese contraer segundas nupcias sino después de haber pasado por lo menos un año contado desde la muerte de sus esposos» («Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 217 y sigs.).

(201) Para un relato pormenorizado de los bienes concretos que integraban la viudedad en cada uno de los distintos fueros y sus particularidades, vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 173 y sigs. Destacar únicamente que sólo subsidiariamente permitan algunos fueros que, a falta de bienes comunes, la viuda reclamara la viudedad de los bienes propios del premuerto, disminuyendo en tal caso su cuantía.

(202) Según HINOJOSA, hasta la primera mitad del siglo XIII la influencia del Derecho romano en los fueros será mínima («El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 14 y sigs.).

(203) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, págs. 26 y sigs. Específicamente sobre el nacimiento, regulación y desarrollo de la viudedad aragonesa a finales de la Edad Media, consistente en un usufructo sobre todos los bienes inmuebles del premuerto, a salvo las ventajas y la división de los muebles comunes, pero susceptible de ser modificado, ampliado o disminuido, por voluntad de las partes, vid. GARCÍA HERRERO, M.^a C., «Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media» (*Hispania, Revista Española de Historia*, núm. 184, vol. LIII/2, 1993, mayo-agosto, págs. 431 y sigs.).

trayectoria semejante en la época visigoda. De esta manera, la práctica generalizada de este tipo de legados habría llegado a convertirse en norma legal, produciendo consecuencias semejantes (204). Se deducían siempre del patrimonio conyugal, de ahí su nombre, aparte de que éste era el único que se podía dividir entre el viudo y los herederos del causante, pues los bienes privativos ya hemos visto que revertían directamente a los parientes de la línea de procedencia (205). Nacidas primeramente para la mujer viuda, y sin condicionarse a que contrajera o no posteriores nupcias, luego se extendieron al marido y a los herederos de ambos, lo cual no debe sorprender si se tiene en cuenta que estos bienes estaban destinados en último término a los hijos del matrimonio (206).

En cualquier caso, la diferenciación entre ambos derechos no fue perfectamente nítida sino que muchas veces se confundieron, atribuyéndose a la viuda cosas tradicionalmente comprendidas en los legados de *parata* pero supeditadas a su permanencia en estado de viudedad. Tal confusión ha sido justificada alegando la finalidad semejante que se entiende tuvieron los legados de usufructo, origen de la viudedad, y los de *parata*, origen de las ventajas: asegurar a la viuda su permanencia en la posición familiar doméstica que tenía antes de la disolución del matrimonio; y, en definitiva, como una consecuencia de la aplicación del originario régimen de legados romano, que actuó en un sistema de separación de bienes, a uno comunitario y con reconocimiento específico de derechos de viudedad (207).

(204) OTERO explica así el origen de la mejoría, entendiendo que la insuficiencia de los legados para garantizar a la viuda el uso y disfrute de sus bienes personales tras la consagración de la comunidad de bienes como régimen matrimonial habría motivado su conversión en norma legal. Vid. «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 498 y sigs.; «Mandas entre cónyuges», en *AHDE*, 1957-58, págs. 399 y 400.

(205) Los bienes objeto de la mejoría se enumeraban concretamente en cada ordenamiento, y la causa de su atribución al supérstite estaba en la estrecha relación que se suponía había tenido con ellos (GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 163). No suponían, pues, una ventaja patrimonial de gran valor económico, sino más bien de afección, razón por la cual tales derechos han sido incluidos dentro de los honores y privilegios generales que se otorgaban al estado de viudo (MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 220).

(206) La generalización de la comunidad de bienes como régimen legal habría hecho necesario garantizar también al marido la propiedad de tales efectos personales en que consistía la mejoría. Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 499 y sigs.

(207) OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 502.

Para una exposición detallada del régimen concreto de ventajas en cada uno de los fueros del Derecho castellano leonés, aragonés y navarro, confundidos o no con la viudedad, vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 500 y sigs., DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs. En la región catalana no prosperaron, consecuencia del predominio del sistema dotal, que impidió que triunfara el régimen matrimonial comunitario. En relación con el Derecho territorial de León y Castilla, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 164 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 296 y sigs. Valga

Con estas atribuciones la viuda consiguió establecerse en una posición bastante mejor patrimonialmente, que incluso se ha calificado de privilegiada (208), si bien es cierto que la falta de una cuota legítima legalmente reconocida en la herencia del premuerto, de mayor trascendencia patrimonial que las simples ventajas, y no condicionada negativamente, como la viudedad, a que se contrajera un segundo matrimonio, son factores que contribuirían a que esta situación no dejara nunca de ser, por lo menos, inestable, y dependiente en gran medida del régimen de gananciales (209).

Una ayuda supondrían también sin duda los bienes recibidos o aportados con ocasión del matrimonio, es decir, las normas reguladoras del régimen dotal y, mucho más limitadamente, de las arras, si bien en la línea de la etapa anterior, pues los Fueros municipales siguieron en este punto bastante fielmente a las leyes godas (210).

No obstante, este régimen legal podía ser modificado por disposiciones de carácter voluntario. Varias posibilidades se ofrecieron a los cónyuges en esta época, aunque parece que la más peculiar del momento fue la famosa ley de unidad, presente en muchos fueros, por la que se autorizaba a los casados a celebrar un pacto, llamado de hermandad, en el que acordaban que el superviviente seguiría disfrutando de todo el patrimonio conyugal hasta su propia muerte, no pudiendo los parientes, herederos del premuerto, pedir la partición ni modificar tal situación a no ser que el sobreviviente pasase a contraer segundas nupcias (211). Era, por tanto, una especie de usufructo vitalicio sobre los bienes gananciales cuyos efectos derivaban del sometimiento voluntario de los cónyuges al llamado régimen de unidad o

como ejemplo la ley 5, del Título I, del Libro V del Fuero Viejo de Castilla: «*Esto es Fuero de Castiella: Que si un cauallero, e dueña son casados en uno, e se muere la dueña, e partier el cavallero con suos fijos del mueble, puede sacar el cauallero de mejoría suo cavallo, e suas bestias, e suas armas de fuste, e de fierro: e si murier el cavallero, puede sacar la dueña fasta tres pares de paños de mejoría, si los ouier, e sua mula ensillada, e enfrenada, si lo ouier, e suo lecho con suo guarnimiento, el mejor que ouier, e una bestia para acemila, la mejor que ouier*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 97.

(208) BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 302.

(209) En este sentido, DILLARD afirma que la base de la seguridad económica de la viuda era el régimen matrimonial, a cuya disolución ésta haría suyos definitivamente sus bienes privativos y, además, recibiría la parte que le correspondiera en las propiedades adquiridas («La mujer...», *op. cit.*, pág. 125).

(210) MARTÍNEZ MARINA señala como peculiaridades de esta época la sustitución del nombre de «dote» por el de «arras» y algunas variaciones en su cuantía. Vid. «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 207 y sigs. También, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 84 y sigs., 216 y 217.

(211) Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 158 y sigs.; ARVIZU, «La disposición *mortis causa*...», *op. cit.*, págs. 68 y sigs., 303 y sigs.

mitad (212), pero que también podía conseguirse testamentariamente en caso de inexistencia de hijos (213).

En cuanto a los legados a favor del otro cónyuge, su posibilidad en relación con los bienes familiares estuvo bastante limitada en el Derecho medieval, y, sobre todo, supeditada al consentimiento de los herederos (214). La razón estuvo seguramente en la voluntad de los legisladores de garantizar la continuidad de la familia (215), reflejada también en el orden intestado, pero además hay que tener en cuenta que los tradicionales legados romanos del marido a la mujer se habían institucionalizado a través de las llamadas *aventajas*, con lo que la finalidad a la que éstos habían servido desde antiguo estaba ya incluso garantizada legalmente y era, pues, lógico que, existiendo consanguíneos del premuerto y estando reconocidas legalmente determinadas atribuciones a favor del sobreviviente, se restringieran las disposiciones entre cónyuges que pudieran mermar los derechos de los primeros (216).

Vemos, pues, cómo la participación del viudo en la sucesión testamentaria del premuerto dependía, no sólo de que éste hubiera manifestado en tal sentido su voluntad, sino también y fundamentalmente del derecho prefe-

(212) Considera que son una misma cosa GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 160. Establecen sin embargo diferencias entre ambos regímenes, ARVIZU, «La disposición *mortis causa*»..., *op. cit.*, págs. 68 y sigs.; DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, pág. 127, y BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 280 y 281.

(213) La posibilidad de institución recíproca de heredero de los cónyuges sin descendencia siguió manteniéndose, si bien ahora la gran influencia de la iglesia en las disposiciones *mortis causa*, cuyo mejor reflejo fue la cuota *pro anima*, hizo que las disposiciones se redujeran también al establecimiento de un usufructo vitalicio a favor del supérstite, quedando las entidades eclesiásticas como definitivas destinatarias de los bienes. Vid. ARVIZU, «La disposición *mortis causa*»..., *op. cit.*, págs. 300 y sigs.

(214) En relación con los bienes ganados o adquiridos, la realidad era otra. Su titularidad sobre los mismos se consideraba ilimitada y no estaba condicionada por el patrimonio doméstico al que pertenecían los propios, con lo que su disposición a favor del otro cónyuge era perfectamente lícita. Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 148 y 149.

(215) Así, OTERO, «Mandas...», *op. cit.*, pág. 401; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 147; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 284.

(216) Normalmente se condicionaba su validez a la inexistencia de hijos, aunque a veces también se tenía en cuenta que faltaran ascendientes o parientes en general. De cualquier modo, lo que sí se observa es un proceso de progresiva aceptación de las mandas entre cónyuges, limitadas en los primeros tiempos a una determinada cuantía de los bienes muebles y admitidas luego también sobre los inmuebles, pasando por una etapa intermedia en la que sólo se habría admitido legar el usufructo de estos últimos. La vuelta al punto de partida en el que se permitiría legar al viudo toda clase de bienes quedaría sin embargo siempre condicionada por el consentimiento de los herederos. Sobre las concretas limitaciones a la posibilidad de legar los bienes propios al otro cónyuge en el régimen en los distintos fueros de León y Castilla, vid., por todos, OTERO, «Mandas...», *op. cit.*, págs. 400 y sigs.

rente de los herederos, con lo que su situación tampoco pudo cambiar mucho por esta vía.

En cualquier caso, no se puede generalizar, pues, vistos los medios de que se disponía para proteger la viudedad, la situación variaría mucho dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Lo que es importante subrayar es que legalmente no se daba al cónyuge supérstite derecho prácticamente a ninguna participación en los bienes privativos del premuerto, a no ser que fuera llamado como heredero intestado, posibilidad que se mantuvo prácticamente impracticable. El aludido espíritu protector de las viudas pudo dar sus frutos cuando los bienes comunes sobre los que debían recaer los derechos de viudedad y sacarse las ventajas fueran suficientes para cubrirlos y cuantiosos para que tuviera lugar un buen reparto, o cuando en vida se hubiera tratado de garantizar la futura viudez a través de alguno de los medios que permitían retrasar la partición hasta la muerte del supérstite, pero no cuando los gananciales fueran escasos o faltaran disposiciones voluntarias en tal sentido. De ahí la importancia que jugó el régimen comunitario de bienes como garantía de una situación que, en parte por desconfianza hacia el cónyuge y en parte por las acusadas concepciones troncales que imperaron en este período, no se resolvió a través de la concesión de derechos sucesorios propiamente dichos.

3. LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*

La Recepción del Derecho romano justinianeo supuso un fenómeno de extraordinaria importancia para el desenvolvimiento de nuestro Derecho y, en general, de la mayor parte del continente europeo. La preparación del encuentro con el último Derecho romano se venía perfilando desde la Alta Edad Media, aunque la verdadera apropiación práctica del mismo, sobre todo en relación con el Derecho Privado, no llegó hasta finales del Medievo (217).

Pues bien, como consecuencia de ello, la presencia preponderante de los elementos romanos en el Derecho Civil se convirtió en la tónica general de la Baja Edad Media, presencia que fue especialmente patente en materia de Derecho sucesorio, siendo el mejor reflejo de ello la Partida VI, en la que quedaron de nuevo plasmadas las instituciones y principios típicos del Derecho hereditario romano en su fase final. La fuerza del influjo romanizador y centralista en Castilla llevó a la pérdida total de vigencia de la ley del Fuero

(217) Sobre el proceso de Recepción, WIEACKER, «Storia...», *op. cit.*, volume primo, págs. 35 y sigs., 177 y sigs.

Juzgo y de los fueros territoriales, de cuya aplicación no se puede hablar a partir de la segunda mitad del siglo XIV (218).

Particularmente, las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges serán transformadas bajo la óptica de los nuevos principios, siendo lo más representativo de este período la vuelta al régimen dotal romano e, íntimamente relacionada con éste, a la cuarta marital justiniana como único medio de atender a la subsistencia de la viuda. Es por ello por lo que se ha criticado que la legislación romanística «arrollara» las leyes civiles nacionales, sin percatarse de la existencia de determinadas instituciones del Derecho patrio que, como podría decirse de la viudedad del Fuero Juzgo, habían servido a buenos fines en la sociedad (219). No obstante, sí hubo alguna que se conservó, como el régimen de gananciales, que, fuertemente enraizado entre la población castellana, fue confirmado expresamente en su vigencia por el rey Sabio en el Fuero Real (220), y presupuesta la misma en las Partidas (221).

(218) No obstante, no hay que olvidar que la Recepción no se realizó de la misma manera en todos los territorios, con lo que la mayor o menor duración de la vigencia del Derecho anterior variaría mucho espacialmente. Así, mientras en Cataluña la Recepción fue muy fuerte y estaba ya asentada a comienzos del siglo XIII, en León y Castilla no tuvo una expresión tan radical ni se impuso hasta la aplicación de las Partidas en la centuria siguiente. Aragón experimentó una influencia bastante menor, que apenas fue perceptible en Navarra durante mucho tiempo. Vid. HINOJOSA, «El elemento...», *op. cit.*, págs. 12 y sigs.; «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 20.

(219) Así lo expresaba MARTÍNEZ MARINA: «*En fin nuestros doctores, como si fueran extrangeros en la jurisprudencia nacional, é ignoraran el derecho patrio y las excelentes leyes municipales, y los buenos fueros y las bellas y loables costumbres de Castilla y Leon, y olvidándose ó desentendiéndose de la intención del soberano, que siempre deseó conservar en su nuevo código los antiguos usos y leyes en quanto fuesen compatibles con los principios de justicia y pública felicidad, y no conociendo otro manantial, ni mas tesoro de erudición y doctrina civil y eclesiástica que las Decretales, Digesto y Código, y las opiniones de sus glosadores, introduxéron en las Partidas la legislacion romana y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aun arrollando toda nuestra constitucion civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos*» («Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 273).

(220) Título III del Libro III: *De las ganancias del marido y la muger*. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 121.

(221) Varios son los preceptos de los que se puede deducir la subsistencia de la sociedad de ganancias, siendo quizás el más claro el contenido en la ley 24, del Título XI, de la Partida IV, cuando dispone que para todo lo referente al régimen económico del matrimonio debe regir la costumbre del lugar donde éste se celebró: «*Esso mismo seria, maguer ellos non pusiessen pleyto entre si, ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes: e en las arras, e en las ganancias que fizieron...*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 502. También se podría deducir tal vigencia del comienzo de la misma ley 24, al expresar que «*contece muchas vegadas: que quando casan el marido e la mujer, ... o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno*» (cfr. *op. ult. cit.*, pág. 502), o de

Si bien el Código de las Siete Partidas supone para el Derecho de Castilla el momento culminante de la Recepción, la pequeña preferencia cronológica del FUERO REAL (año 1255) y su atribución al mismo rey Alfonso el Sabio, justifican, junto con su bastante inferior grado de romanización, unas indicaciones previas sobre este cuerpo legal.

Lo que más llama la atención de su régimen sucesorio intestado es que ni siquiera hizo referencia al cónyuge supérstite: la ley 1 del Título VI del Libro III estableció el orden de llamamientos colocando en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos, en su defecto, a los padres y ascendientes, y, en ausencia de estos últimos, a los más próximos parientes, sin fijar tampoco un límite de grado (222). Por su parte, la ley 3 del Título V del mismo Libro determinó que los bienes de aquél que muriera sin parientes y sin manda pasaran al Rey (223). Queda, pues, patente que, según esta regulación, el cónyuge viudo no podría nunca ser heredero intestado.

Además, en el Fuero Real no aparecen otro tipo de disposiciones complementarias que, de alguna manera, pudieran contribuir al mantenimiento del supérstite. Únicamente la ley 6 de igual Título y Libro parece contener un vestigio de la etapa anterior, pues concedió al viudo o viuda el derecho a excluir de la partición el «lecho cotidiano», condicionado al requisito de mantenerse en viudedad (224). Vemos entonces en la regresión de este tipo

la ley 15, del Título 17, de la Partida VII, que vuelve a hacer referencia a las cosas que los cónyuges tengan o ganen *de consuno* (cfr. *op. ult. cit.*, págs. 647 y 648). Vid. COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 244 y sigs.

(222) F. R. 3.6.1: «*E si home qualquier muriere sin manda, y herederos no hobiere, asi como es sobredicho* (se refiere a los hijos y descendientes legítimos), *el padre, é la madre hereden toda su buena comunalmente: é si no fuere mas vivo del uno, aquel lo herede: é si no hobiere padre, ni madre, heredenlo los abuelos, ó dende arriba, y de esta guisa mesma: é si alguno no hubiere de estos, heredenlo los mas propinquos parientes que hubiere, asi como son hermanos, ó sobrinos fijos de hermanos, ó dende ayuso*». Disposición completada por las leyes 7, 10, 12 y 13, de igual Libro y Título, para los modos de distribución de la herencia, de los que se pueden resaltar las distinciones que, en cuanto a la procedencia de los bienes en la sucesión de abuelos y hermanos, establecieron las leyes 10 y 12. No hay una troncalidad tan fuerte como la que rigió con algunos Fueros municipales pero ésta todavía subsiste. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 123 y 124.

(223) F. R. 3.5.3: «*Si el home que muriere no hobiere parientes ningunos, é ficiere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda según la fizo: é si él no ficiere manda, hayalo todo el Rey*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 123.

(224) F. R. 3.6.6: «*Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habien cotidiano finque al vivo: é si se casáre tornenlo á partición con los herederos del muerto*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 124.

Si bien por su poco valor patrimonial y por su carácter simbólico esta atribución del lecho debiera considerarse un derecho de ventajas, apareció sometido sin embargo al régimen de la viudedad, produciéndose de nuevo la confusión entre ambos derechos que

de derechos una primera consecuencia de los comienzos de la Recepción justinianeas, que harán improcedente de ahora en adelante una regulación de los derechos de ventajas (225).

En relación con las disposiciones de carácter voluntario sí es de destacar que el Fuero Real recogiera expresamente la posibilidad de que los cónyuges celebraran entre sí un pacto de hermandad, tan arraigado en Castilla, en virtud del cual se heredaran recíprocamente, aunque restringiendo ahora la libertad de las partes, pues sólo podía realizarse a falta de descendencia legítima y tras el primer año de matrimonio (226). No obstante, el requisito de que tampoco existieran otros parientes ha llevado a considerar que este pacto quizá pudiera recaer también sobre los bienes propios, y no sólo sobre el patrimonio ganancial, como había venido sucediendo hasta este momento (227).

Pues bien, el conocimiento y difusión del Derecho romano conocerá su mayor apogeo en la Península a finales del siglo XIII, con el Código alfonsino de las Siete PARTIDAS, de importancia decisiva para el desenvolvimiento del Derecho posterior. En él se hará una nueva valoración de los textos del Digesto en cuanto al régimen jurídico de la mujer (228), siendo el retorno a

tantas veces se manifestó en el Derecho medieval pero que ahora constituye además un síntoma más del decaimiento de la institución.

(225) Esto se hará patente sobre todo, como veremos, a partir de la consagración del sistema dotal romano en las Partidas, pues el Fuero Real en materia de dote siguió bastante fielmente los principios visigodos. Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 514 y 515, y BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 302, que relacionan también la inminente desaparición de las ventajas con la legitimación de las donaciones del marido a la mujer, con efectos *mortis causa* condicionados a que se mantuviera en una viudedad digna y debiendo ser reservadas a los hijos comunes (F. R. 3.12.9. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 128).

(226) F. R. 3.6.9: «*Si el marido, é la muger ficiere hermandad de sus bienes, de que fuere el año pasado que casáren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad: é si despues que ficiere la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad: ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razon*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 124.

Sobre la vigencia de este pacto en el Fuero Real, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.

Existiendo hijos y descendientes legítimos la libre disposición del causante siguió estando reducida a un quinto de sus bienes (F. R. 3.5.9). Por ello, las donaciones entre cónyuges se condicionaban a la inexistencia de hijos, siendo válidas sólo en cuanto que no excediera del quinto libre si después sobrevenían (F. R. 3.12.3). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 127.

(227) Así, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 161.

(228) GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 193; *El patrimonio uxorio en las Partidas*, Studi in onore di Edoardo Volterra, vol. IV, Pubbl-

la cuarta justiniana uno de los temas que más interés suscita, tanto por su significado como por su prolongada vigencia hasta la promulgación del Código Civil.

El Título XIII de la Partida VI, dedicado a la sucesión intestada («*De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento*»), constituye un fiel reflejo de los principios romanísticos, tanto en relación con los modos de distribución de la herencia, *in capita*, *in stirpes* o *in lineas*, sin residuos del principio de troncalidad (229), como por lo que se refiere al orden de suceder. En este último, se llama sucesivamente a descendientes, ascendientes y colaterales, admitiéndose de nuevo en el segundo orden, a imitación de la Novela 118, a los hermanos germanos en concurrencia con los padres o abuelos, por iguales partes (230).

Método en general sencillo y equitativo (231), ideado por Justiniano con base en el criterio de la presunción de afecto del causante, sino fuera porque la ley 6 situó el llamamiento del cónyuge supérstite en defecto de colaterales de décimo grado (232), lo cual parece que dista mucho de la equidad y de lo que racionalmente se presume que un causante medio de la época, en la que el matrimonio no se puede decir que fuera concebido simplemente como un contrato, hubiera querido para su consorte. Tal disposición ha sido considerada, con razón, un «verdadero oprobio», pues nunca en la historia de la legislación española se situó ni se situará al cónyuge sobreviviente en lugar más alejado e improbable de realizar, ni siquiera en el Derecho romano que le sirvió de ins-

cazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè-Milano, 1971, pág. 209.

(229) Ello lleva a que se hable ya en esta época de una cierta transformación de la familia, de la entendida en sentido amplio, regida por la parentela, producta en buena parte de las necesidades sociales que creó la Reconquista, a la más moderna familia nuclear o conyugal. Vid. GÁMEZ MONTALVO, «Régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 32, 74 y sigs.

(230) Sobre el modo de suceder en cada uno de los órdenes establecidos por las Partidas, ASSO Y DEL RÍO, I. J. DE/MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. DE, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1975, págs. 127 y sigs.; SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, Madrid, 1820, págs. 220 y sigs.

(231) SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 220.

(232) Partida 6.13.6: «...E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non ouiesse parientes, de los que suben o descienden por la línea derecha, nin ouiesse hermano, nin sobrino o fijo de su hermano, que destos adelante, el pariente que fuere fallado que es mas cercano, del defunto fasta el dezeno grado, esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, e el muerto auia muger legitima, quando fino, heredara ella todos los bienes de su marido, esso mismo dezimos del marido, que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por auentura el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonce heredara todos sus bienes la camara del Rey». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605.

piración (233). Además, hay incluso autores que interpretan el límite legal del «*dezeno grado*» de la sucesión colateral como el «*doceno*» o duodécimo, no el décimo, con lo que la situación sería todavía peor, si cabe (234).

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, el cónyuge no experimentaría realmente cambios en el llamamiento, pues el que había sido tradicional límite del séptimo grado desde el Derecho romano era casi igual de irrealizable. El paso del séptimo al décimo o duodécimo no supondría un empeoramiento a la hora de hacerse efectivo, pues siendo antes casi imposible ahora sólo lo era un poco más. Lo que sí es cierto es que los legisladores, en un período tan extenso históricamente como el que va del Derecho romano a la Codificación civil, no consideraron para nada necesario facilitar al cónyuge la posibilidad de ser heredero legal del premuerto. Parece como si hubiera habido acuerdo en reconocer el derecho de los cónyuges de heredarse mutuamente, pero en último lugar, «como si costándoles trabajo precisar el sitio que ocupan en la familia no hubieran encontrado más recurso que dejarlos fuera» (235).

Las Partidas supusieron, por tanto, un retroceso en la historia de la sucesión intestada del cónyuge, aunque ello hay también que considerarlo en el marco general de su legislación. Ciertamente, la subordinación de la economía del matrimonio al régimen dotal, de nuevo el romano (236), y la acep-

(233) Así la calificó SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, Tomo VI, vol. 3.º Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 1625. Además, este autor achacó a las Partidas el que favorecieran más a la concubina que a la mujer legítima, pues, según la ley 8, la primera tenía siempre derecho en defecto de hijos legítimos o legitimados, o sea, en concurrencia con los hijos naturales, ascendientes y colaterales, a una doceava parte de la herencia, mientras que la mujer legítima nunca tenía derecho a nada, a no ser que fuese pobre, si no era en ausencia de parientes de décimo grado. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605. En este sentido también la crítica de MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 338.

(234) Así, MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 338; CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, pág. 30, y GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 201; «El patrimonio uxorio...», *op. cit.*, pág. 215. No obstante, más que una interpretación esto es consecuencia de la confusión que se originó entre los autores antiguos ante la equivocación de copia que sufrieron algunos Códices de las Partidas, y que, parece ser, ha confundido incluso en tiempos modernos. El verdadero texto debió decir *dezeno* (MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, Tomo XVI, pág. 519).

(235) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo tercero, Madrid, 1871, págs. 636 y 637.

(236) Sobre la detallada regulación de la dote contenida en la Partida IV, consecuencia lógica de la importancia que alcanzó, ASSO Y MANUEL, «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 51 y sigs.; SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 47 y sigs. Modernamente, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 155 y sigs.; GÁMEZ MONTALVO, «Régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 116 y sigs.

Las Partidas también trataron de recoger sin éxito la donación del marido a la mujer por razón de matrimonio, la antigua *donatio propter nuptias*, de igual cuantía que la dote,

tación del sistema ganancial, son factores que debieron llevar al legislador a considerar que quizá el cónyuge supérstite, en particular, la viuda, debía tener de ordinario su subsistencia cubierta por esas vías. Y, para cuando esto no fuera así, por ser pobre e indotada, se resucitó el recurso de la famosa *quarta uxoria* justinianea, ahora denominada cuarta marital.

Así, dispuso la ley 7, del Título XIII, de la Partida VI:

«*Paganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razon tuuieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer aya fijos, pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente no ha demanda ninguna, en los bienes del finado, en razón desta quarta parte*» (237).

Se concedió, pues, este derecho exclusivamente a la mujer viuda, igual que en el Derecho romano, y a la viuda pobre, que no tuviese con que vivir bien y honestamente, propio o dejado por el marido premuerto, sobreentendiéndose entonces que el viudo pobre tendría más facilidad que la mujer para salir adelante por medio de su trabajo o industria (238). Pero la cuota, una cuarta parte de la herencia no superior a cien libras de oro, era siempre en propiedad e igual, con independencia de la existencia o no de hijos y de su número, a diferencia aquí sí del Derecho romano.

Estos caracteres de la cuarta han llevado a que se la considere una «legítima circunstancial» (239), una «deuda legal» que debería, por tanto, sacarse de to-

pero diciendo que en España tomaba el nombre de arras. Aparte de la confusión de conceptos, la *donatio* romana ya no estaba en uso (SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 56). Con detalle, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 213 y sigs.; GÁMEZ MONTALVO, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 136 y sigs.

(237) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605.

(238) GREGORIO LÓPEZ entendió sin embargo posible que el viudo pobre reclamara la cuarta. Vid. LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas del Sabio rey Don Alonso el Nono, glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M.*, Tomo III, Madrid, 1789, Glosa (4) a la ley 7, Título XIII, Partida VI, pág. 217, al que siguió FEBRERO, J., *Librería de Escribanos, é instrucción juridica theorico práctica de Principiantes*, Parte Primera, Tomo Primero, Madrid, 1789, edición facsímil, Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, págs. 201 y 202.

No obstante, con posterioridad, se rechazó expresamente esta posibilidad. Así, GU-TIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 766.

(239) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 766.

dos los bienes del difunto (240), o un derecho de alimentos, que, por consideración a la desgracia de la viuda, habría establecido la ley (241). Con independencia de la denominación que se le atribuya, lo que es evidente es que se trataba de un derecho legalmente reconocido que debía hacerse efectivo, por tanto, en cualquier tipo de sucesión, testada o intestada. La viuda que reuniera los requisitos exigidos por la ley tenía derecho a la propiedad de una cuarta parte de la herencia del marido, por lo que no se entiende muy de acuerdo con la naturaleza de la institución la doctrina que afirmó que en realidad sólo tenía derecho al usufructo, debiendo reservar la propiedad a los hijos comunes (242), y que le perdía en caso de vida deshonesto (243). La ley de Partida no estableció tales condiciones, por lo que no debieron ser añadidas a las ya exigidas (244).

Otro tipo de cuestiones que se podían plantear eran si la viuda tenía derecho a la cuarta cuando la dote fuera de pequeña cuantía (245), cuando pudiera ejercer algún trabajo o industria que le proporcionara rendimientos suficientes para poder vivir «bien y honestamente» (246), cuando el marido le hubiera dejado voluntariamente algo en su testamento (247), o cuando tuviera padre rico al que pudiera pedir alimentos (248).

Legitimarios realmente sólo eran, como en el Derecho romano justinianeo, los descendientes, ascendientes y hermanos pospuestos a persona torpe. Vid. SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 169 y sigs.

(240) SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224.

(241) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(242) G. LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (7) a la Partida 6.13.7, pág. 218.

(243) G. LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (9) a la Partida 6.13.7, pág. 219.

(244) Tal obligación de reservar no la estableció la ley más que para el caso de la viuda que contrajera segundas nupcias y con relación a las arras y donaciones que hubiera recibido de su marido (Partida 5.13.26, en relación con la Partida 4.11.23). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 561 y 502. En este sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(245) A pesar de que la ley hace referencia a la viuda indotada, es normal que, con base en el espíritu de la misma, se entendiera que también procedía en caso de dotes insuficientes para asegurar una digna subsistencia (LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (3) a la Partida 6.13.7, pág. 217).

(246) G. LÓPEZ afirmó que sí, pues la ley no hacía referencia a lo que la viuda pudiese adquirir en un futuro sino a lo que tuviera al tiempo de la muerte del marido («...nin ella outesse de lo suyo, intelligitur tempore mortis mariti...») («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (6) a la Partida 6.13.7, pág. 218).

(247) En este caso, G. LÓPEZ entendió que si lo dejado por el marido era suficiente para que la viuda pudiese vivir bien y honestamente, aunque fuera de menor cuantía que la cuarta, no podría reclamarla. En caso contrario, sí, debiendo imputar en ella el legado recibido («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (5) a la Partida 6.13.7, pág. 217). En el mismo sentido, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224, a no ser que el marido hubiese hecho tal atribución reservándole expresamente el derecho a recibir la cuarta.

(248) Los autores se pronuncian aquí a favor de la preferencia de la cuarta marital, pues, como dice G. LÓPEZ, la mujer por el matrimonio se liberó de la patria potestad del

La cuarta marital es un buen ejemplo de la extraordinaria preeminencia que las leyes romanas llegaron a tener, pues consiguieron borrar en Castilla cualquier resto consuetudinario del usufructo que, con mayor justicia, había concedido siglos antes el Fuero Juzgo a la madre viuda. Tampoco era posible que la nueva legislación, marcada por el sistema dotal, recogiera instituciones como la mejoría o derecho de excluir determinados bienes de la partición, si bien es cierto que en la práctica se conservó gracias a la conservación misma de la sociedad de gananciales, en la que tenía su razón de ser (249). La cuarta marital de las Partidas, vigente hasta la promulgación del Código Civil, fue calificada de ridícula y mezquina (250), de poco generosa (251), de disposición rara e impertinente, que no estaba de acuerdo siquiera con los principios generales sobre sucesiones que inspiraban la misma Partida (252), y, en último término, de innecesaria, si se hubiesen respetado las antiguas leyes de Castilla (253).

En conclusión, las Partidas protegieron al cónyuge sobreviviente de modo bastante más imperfecto que la legislación anterior, representando un estadio de la evolución histórica bastante regresivo. La superioridad científica y técnica del Derecho romano está fuera de duda, pero esto no conlleva necesariamente la justicia intrínseca de sus instituciones y, en este caso, es obvio que la posición en que el cónyuge se situaba en la familia y la relación que durante buena parte de su vida había debido tener con el premuerto merecían, superados ya tiempo atrás los estadios primitivos del Derecho, algo más (254).

Únicamente a través de disposiciones voluntarias se podría mejorar en algo esta situación. Dentro del sistema de las Partidas cabía la posibilidad de hacer legados al otro cónyuge, como lo demuestra el mismo texto de la ley 7 cuando dice que procederá la cuarta «*si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir*». Pero hay que tener también en cuenta que, volviendo de nuevo al Derecho justiniano, se con-

padre y, además, podía darse el caso de existencia de hijos con derecho también a reclamar alimentos («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (6) a la Partida 6.13.7, pág. 218).

(249) OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 516.

(250) CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, págs. 30 y 31.

(251) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(252) MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 338 y 339.

(253) Concretamente tres: que el marido dotase a la mujer, que no se celebrase matrimonio sin dote, y que, a la muerte del marido, quedase la viuda como usufructuaria de sus bienes (MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 339).

(254) Vid. WIEACKER, «Storia...», *op. cit.*, págs. 217 y 218. Ello es, además, particularmente reseñable si se tiene en cuenta por vía de comparación con lo que las regulaciones europeas, también receptoras del Derecho común, establecieron a este respecto situando al cónyuge superviviente normalmente en mejor situación que en el Derecho justiniano. Vid. COING, H., *Derecho Privado europeo*, I, Derecho Común más antiguo (1500-1800), traducción y apostillas: Antonio Pérez Martín, Clásicos contemporáneos, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs. 765 y 766.

sideraron nulas las donaciones entre cónyuges si se producía empobrecimiento en el donante a no ser que éste no las revocara en vida, produciendo efectos, de este modo, a la muerte del mismo (255). Por su parte, el pacto de hermandad siguió considerándose lícito, pues, si bien las Partidas no se refirieron a él directamente, la práctica demuestra que continuó realizándose en la línea de la regulación dada por el Fuero Real (256).

4. EL CAMINO HACIA EL SIGLO XIX: LA CONTINUIDAD REPRESENTADA POR LAS LEYES DE TORO Y POSTERIORES CUERPOS RECOMPILADORES

La proliferación del Derecho escrito propia del Estado moderno trajo como consecuencia el surgimiento de importantes dificultades a la hora de proceder a la aplicación de las normas. Su abundancia, dispersión y ausencia de ordenación armónica produjeron confusión, lagunas y reclamaciones en exceso que acabaron provocando la necesidad de poner orden a la situación existente a través de la compilación de las mismas. La tarea recopiladora de las leyes existentes será lo que marque en lo sucesivo, hasta el surgimiento del ideal codificador en el siglo XIX, la historia jurídica.

La primera recopilación castellana a tener en cuenta en la materia que nos ocupa la constituyen las ochenta y tres LEYES de TORO, ordenación del Derecho Civil de la época publicada en el año 1505 «*con objeto de poner término á la varia y contradictoria inteligencia que se daba en muchos casos á las leyes del Fuero, Partidas y Ordenamientos, y para suplir en otros la falta de texto legal á que atenderse en la decisión de los litigios*» (257), incorporadas posteriormente a la Nueva y Novísima Recopilación.

El carácter corrector de estas leyes afectó al régimen sucesorio intestado establecido por las Partidas sobre todo en aquellos puntos en los que estas últimas adoptaron singularidades del Derecho romano, como la concurrencia de ascendientes y hermanos en el segundo orden, que no arraigaron (258).

(255) Partida 4.11.4. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 499. Sobre este particular, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 235 y sigs.

(256) Vid. COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 264 y sigs.

(257) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 719.

(258) La ley 7 de Toro (ley 2, Título XX, Libro X, de la Novísima Recopilación) expresamente dispuso que los hermanos no podían concurrir a la herencia con los padres o ascendientes, o, lo que es lo mismo, que éstos últimos excluían a los primeros. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 722.

Es de destacar también que la ley 6 de Toro (N. R. 10.20.1) restableció el derecho de troncalidad en la sucesión de los ascendientes en aquellos lugares donde existiera por

Respecto al llamamiento del cónyuge supérstite, las leyes de Toro no se refirieron expresamente al límite máximo a que podía llegar la sucesión de los colaterales, por lo que debe entenderse que éste seguiría siendo llamado en defecto de parientes de décimo grado, según la disposición de la ley de Partidas, de aplicación supletoria según el orden de prelación de fuentes establecido por el Ordenamiento de Alcalá en 1348 (259).

La cuarta marital siguió también vigente, lo cual se deduce tanto de su no derogación expresa como de una referencia accidental de la ley 32 de Toro, en la que, con ocasión de las facultades del comisario, se dispuso que, si el causante dejó mujer, aquél debía dejarle «*lo que segun leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer*» (260).

Vemos, pues, que la situación del cónyuge sobreviviente no cambió en absoluto (261). Lo único que se puede poner de relieve como particularidad es que las leyes de Toro consiguieron una mayor armonización de la sociedad de gananciales con el régimen dotal romano (262), y que adoptaron una posición bastante clarificadora en cuanto a la primera, al distinguir en varias ocasiones entre bienes ganados o adquiridos y bienes propios para dejar constancia de su distinto régimen (263).

fuego, frente a la legislación de las Partidas, que no admitió distinción de bienes («...*lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la rayz á la rayz*»). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 722).

(259) Sobre el orden de suceder resultante tras las modificaciones introducidas por las leyes de Toro, vid. LLAMAS Y MOLINA, S. DE, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1852, edición facsímil, Banchs, Barcelona, 1974, págs. 57 y sigs.

(260) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 724.

(261) La parte de libre disposición existiendo hijos, y, por tanto, de que un cónyuge podría disponer para después de su muerte a favor del otro en concurrencia con éstos, siguió siendo un quinto de la herencia, de nuevo constatado por la ley 28 de Toro (N. R. 10.20.8). Si los legitimarios eran ascendientes sí se estableció modificación en la parte libre, ahora un tercio [ley 6 de Toro (N. R. 10.20.1)]. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, págs. 57 y sigs., 264 y sigs.

Por otro lado, se declaró expresamente la imposibilidad de renunciar a la ley del Fuero Real por la que se limitaba la cuantía de las arras dadas por el marido a la mujer a una décima parte de sus bienes, con la finalidad de no perjudicar el derecho de los parientes consanguíneos. Vid. *op. ult. cit.*, págs. 422 y sigs. [comentario a la ley 50 de Toro (N. R. 10.3.1)].

(262) HINOJOSA, «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 24.

Por ello, el pago de la dote o donación *propter nuptias* prometida a los hijos que se casaban se determinó que debía hacerse con cargo preferente a los gananciales. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, págs. 447 y sigs. [comentario a la ley 53 de Toro (N. R. 10.3.4)].

(263) Así, la ley 14, al declarar la plena libertad del viudo o viuda para disponer de los bienes adquiridos durante el matrimonio; la ley 15, al establecer la obligación de los mismos cuando contrajeran segundo matrimonio de reservar a los hijos del primero todo

Durante los siglos XVI y siguientes siguieron sucediéndose recopilaciones de leyes, ante la dificultad no resuelta de saber en muchas ocasiones cuál era la norma aplicable al caso concreto. Así, la NUEVA RECOPIACIÓN de las leyes de España, de 1567, y la tardía NOVÍSIMA, de 1805 (264), persiguieron la finalidad de crear un cuerpo legal metódico y actualizado que ayudase en la resolución de los conflictos, si bien no estuvieron a la altura de las circunstancias. El objetivo perseguido no se logró nunca, aparte de que la reiteración del sistema compilador en la Novísima resultó algo bastante desfasado en un momento en el que en Francia se había publicado ya el *Code Civil*.

La sucesión intestada no experimentó modificaciones en sus líneas generales, pues se limitaron a recoger las disposiciones de las leyes de Toro (265). No obstante, sí que hay que subrayar, por lo que concierne al llamamiento del cónyuge supérstite, una novedad importante, pues la Novísima limitó el derecho de los colaterales al cuarto grado, disponiendo, sin hacer ninguna referencia al cónyuge, que, en ausencia de «heredero de los que suben ó descienden de línea derecha, ó de travieso», los bienes del difunto pasarían a la Cámara del rey (266).

lo que hubieran recibido del premuerto a título lucrativo, es decir, bienes propios, o la ley 16, al disponer que los bienes que el marido dejase a la mujer en testamento no debían de entenderse comprendidos en su mitad de gananciales. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-litera...», *op. cit.*, págs. 131 y sigs. [comentario a las leyes 14, 15 y 16 de Toro (N. R. 10.4.6, 7 y 8)].

(264) Especialmente sobre esta última, MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

(265) Sobre el orden sucesorio intestado plasmado en estas Recopilaciones, FEBREIRO, «Librería...», *op. cit.*, págs. 190 y sigs.; ASSO Y MANUEL, «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 127 y sigs.; SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 219 y sigs.

(266) N. R. 10.22.1 (R. 5.8.12): «*Todo hombre ó muger que finare, y no hiciere testamento en que establezca heredero, y no hubiere heredero de los que suben ó descienden de línea derecha, ó de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara*». Determinaron el límite del cuarto grado, N. R. 10.22.6 (Instrucción adjunta de 26 de agosto de 1786, núm. 7, 8 y 9), y N. R. 2.11.1 (R. 1.10.9) (Real Cédula de Carlos I de 20 de noviembre de 1522). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. segundo, *op. cit.*, págs. 1774 y sigs., 908.

Es difícil determinar los motivos por los que se supone que cayó en desuso la limitación del décimo grado establecida por las Partidas, pero tanto la Instrucción de 1786 como la Real Cédula de 1522 son claras en este sentido. Otra Instrucción de 7 de marzo de 1831 vino de nuevo a confirmar el límite del cuarto grado, aclarando además que éste debía entenderse según la computación civil. Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 631; MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, tomo XVI, pág. 519. Quizá la existencia de un absorbente criterio fiscal por parte de la Corona en esta época sea la única explicación. En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 767.

A favor de la limitación de la sucesión colateral en el cuarto grado civil, FEBREIRO, «Librería...», *op. cit.*, págs. 196 y 199. No obstante, con anterioridad a la instrucción de

Esta falta de mención del cónyuge motivó que la doctrina dudara a propósito de la vigencia de su derecho en el orden sucesorio, aun a pesar de que la supletoriedad de las Partidas podía utilizarse válidamente para salvar la injusticia de su olvido (267). En cualquier caso, queda patente que la voluntad del legislador seguía estando muerta por lo que a este tema se refiere, como así se reconoció en la Exposición de Motivos del proyecto de Código Civil de 1836, en la que se declaró que «tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza o el afecto personal a los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente» (268).

La cuarta marital tampoco fue derogada por las leyes recopiladoras, pues nada establecieron con relación a ésta (269), prolongándose de este modo la subsistencia a lo largo de los siglos de una institución que, más que un derecho sucesorio, parecía una limosna dada a la viuda que carecía de bienes para vivir dignamente tras la muerte del marido.

Continuidad, pues, con respecto a la situación anterior, acaso empeorada, si cabe, en cuanto al llamamiento a la sucesión intestada, ahora también aparentemente inexistente. Ello es difícilmente explicable en relación con el avance de la historia si no es por la existencia de un desmedido afán recaudatorio por parte del Estado que habría llevado a limitar el derecho de los parientes colaterales y a ignorar injustamente al cónyuge supérstite en una fase que, además, dadas las dificultades de nuestra codificación civil, se prolongará hasta la promulgación del Código Civil en 1889.

MARTA PÉREZ ESCOLAR

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

1831, hubiera podido válidamente alegarse la computación canónica del cuarto grado, que equivalía al octavo civil, para afirmar que no se pretendió innovar de modo tan radical con relación al Derecho anterior. En este sentido, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 228, y LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, pág. 67.

(267) Así, consideró subsistente el llamamiento del Código alfonso en defecto de colaterales, LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, pág. 67.

En contra, entendieron que la no mención del cónyuge supuso la derogación del llamamiento de las Partidas, FEBRERO, «Librería...», *op. cit.*, pág. 196; ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1847, Voz «Heredero legítimo o abintestato», pág. 25; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 637; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 767, y MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, Tomo XVI, pág. 509.

(268) Cfr. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española*, 4, Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 126.

(269) Así, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224.

Aspectos administrativos en la evolución del Registro General de Propiedad Intelectual como mecanismo de protección

SUMARIO: 1. EL REGISTRO EN LA LEY DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1879: A) NATURALEZA JURÍDICA DEL REGISTRO PREVISTO POR LA LPI DE 1879. B) EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO.—2. EL REGISTRO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1987.—3. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1991: A) NATURALEZA JURÍDICA. B) RÉGIMEN JURÍDICO.—4. EL REGISTRO EN LA REDACCIÓN DADA A LA LPI POR LEY 20/1992.—5. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1993: A) ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICA. B) RÉGIMEN JURÍDICO.—6. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 2003: A) ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICA DEL REGISTRO. B) RÉGIMEN JURÍDICO.

Por Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, se aprobó el nuevo Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, que ha venido a sustituir al anterior Reglamento en vigor, aprobado por Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo. La aplicación de este último había sido tan sólo parcial pues expresamente se preveía la vigencia transitoria del Reglamento aprobado por Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, hasta la creación y puesta en funcionamiento de los Registros Territoriales de Propiedad Intelectual.

La institución registral vinculada a la protección de los derechos de propiedad intelectual fue prevista ya por la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y desarrollada por los artículos 22 a 40 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879. Ha sido objeto, desde su creación, de numerosos cambios tanto de carácter sustantivo, como organizativo y procedimental, al seguir en su evolución los avatares, cambios y transformaciones del régimen

jurídico de reconocimiento y protección de la propiedad intelectual. No en vano se trata de uno de los mecanismos fundamentales (junto al reconocimiento de las acciones de defensa procesal) de tutela de estos derechos.

Dichas transformaciones que se han acelerado en el último cuarto del siglo xx, reflejo de lo cual son las numerosas modificaciones legales y reglamentarias que se han producido en la materia. Por una parte, se encuentran las reformas relativas a la propiedad intelectual operadas por la Ley de 1987 y el Texto Refundido de 1996, que adaptan y recogen las novedades de los Convenios Internacionales sobre Propiedad Intelectual y las del Derecho comunitario; a ello hay que añadir, como fundamental factor de cambio y de reforma, el reparto competencial operado por la Constitución, que distribuye la competencia relativa a la propiedad intelectual atribuyendo al Estado la legislación en esta materia y que ha llevado a las Comunidades Autónomas a la adopción, paulatina, como veremos, en sus Estatutos, de la competencia de ejecución en esta materia. Esta transformación condujo a que la regulación por la Ley de 1987, relativa al Registro se modificara, de manera sustancial, en 1992, afectando a la estructura básica del Registro.

Por otro lado, la necesidad de una actualización constante de este instrumento al objeto de cumplir su finalidad de protección, se refleja en las transformaciones del régimen jurídico del registro, a fin de incorporar las nuevas formas de propiedad intelectual, que surgen, fundamentalmente con los avances tecnológicos (bases de datos, páginas *web*, programas de ordenador, obras multimedia) y, asimismo, en la constante preocupación de adaptar el registro a las nuevas tecnologías para que pueda cumplir, de manera cada vez más efectiva, su labor tutelar de los derechos de propiedad intelectual (sistema informatizado a tiempo real, que permita la consulta desde cualquier oficina de registro).

Finalmente, también se han producido cambios en los Reglamentos que regulan el régimen jurídico del Registro a fin de adaptar el procedimiento de inscripción en el mismo al previsto por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y, posteriormente (labor que ha cumplido fundamentalmente el citado Real Decreto de 2003), a las reformas de la misma introducidas por la Ley 4/1999.

Estos cambios nos conducirán a analizar una cuestión fundamental, relativa a la naturaleza jurídica del Registro general de la Propiedad Intelectual, ¿se trata de un registro de carácter administrativo? La cuestión no es nada baladí, puesto que de su resolución dependerá el régimen jurídico que le sea aplicable —entre otras cuestiones, los posibles mecanismos de reacción ante la negativa de inscripción en el registro, el relativo al derecho de acceso a la información en él contenida y, sobre todo, el tipo de protección dispensada a los derechos inscritos en el mismo y a sus titulares.

No parece que haya un criterio unánime al respecto, pero no hay que olvidar que la categoría «registro administrativo» como tal, puede aplicarse a todos los registros, o a unos pocos, en función del criterio de distinción que sobre los mismos se asuma. Lo que sí parece claro es que este registro ha presentado a lo largo del tiempo notas características propias de los dos tipos de registros (administrativo y jurídico), sin llegar a poder subsumirse claramente en ninguno de ellos, aunque la tendencia en la actualidad sea la de asimilarse, cada vez más a los registros administrativos, a pesar de tratarse de un Registro de «propiedad».

Es por ello de utilidad, antes de pasar a analizar el nuevo Reglamento y las novedades y cambios que éste aporta, examinar la evolución de este instrumento de protección de la propiedad intelectual, desde su aparición a la actualidad, y ver los cambios que las sucesivas reformas legislativas y reglamentarias han introducido en el mismo, tanto en su naturaleza cuanto en su régimen jurídico.

1. EL REGISTRO EN LA LEY DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1879

El Registro General de la Propiedad Intelectual surge como uno de los mecanismos de protección, junto a la vía judicial, de esta propiedad especial, establecidos por la Ley de la Propiedad Intelectual (LPI) de 1879. Ésta preveía en su artículo 33 la creación del Registro General de la Propiedad Intelectual en el Ministerio de Fomento, así como la apertura de Registros en las Bibliotecas provinciales y en las del Instituto de enseñanza de las capitales de provincia donde faltaran aquellas bibliotecas, a los efectos de anotación, por orden cronológico, de las obras científicas, literarias o artísticas «para los objetos de esta ley», así como de «los grabados, litografías, planos de arquitectura, cartas geográficas o geológicas, y en general cualquier diseño de índole artística o científica».

La «necesidad» de dicha inscripción (1), salvo para las obras expresamente excluidas por el artículo 37, venía determinada por las consecuencias atribuidas por el artículo 36 de dicha Ley, a tenor del cual: «para gozar de los beneficios de esta ley es *necesario* haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual», estableciendo además unos plazos estrictos para verificar la inscripción, y por tanto, para el disfrute de los beneficios y derechos atribuidos a la misma.

(1) Como veremos a continuación, la doctrina no es unánime en cuanto a que la necesidad o el carácter constitutivo del Registro General de Propiedad Intelectual fuera uno de los elementos característicos del Registro, tal y como éste quedaba definido por la Ley de 1879.

Así, el mismo artículo 36 establecía que «el plazo para verificar la inscripción será el de un año, a contar desde el día de la publicación de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día en que comenzó la publicación, y sólo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripción».

Los artículos siguientes bajo la rúbrica de «Reglas de caducidad» establecían las consecuencias de la falta de inscripción de la manera siguiente:

1. Transcurrido el año de plazo sin que se hubiera verificado la inscripción, la obra no inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual podía ser publicada de nuevo, reimpressa por el Estado, por las Corporaciones Científicas o por los particulares durante un plazo de diez años, a contar desde el día en que terminó el plazo del derecho de inscribirla (art. 38).

2. Transcurridos esos diez años, se volvía a abrir la posibilidad de inscripción durante un año, tras el cual, si el autor, o sus derechohabientes, no habían aprovechado la nueva oportunidad para ejercitar su derecho a inscribir la obra en el Registro, ésta entraba definitiva y absolutamente en el dominio público (art. 39).

3. Asimismo, y aunque ya no ligado al registro de las obras, la ley determinaba la entrada en el dominio público de las obras que no hubieran sido publicadas en el plazo de 20 años (art. 40), salvo los casos en que «la obra, siendo dramática, lírico-dramática o musical, después de ser ejecutada en público y depositada la copia manuscrita en el Registro, no llegue a ser impresa por su dueño» (art. 41.1) o que «después de impresa y puesta en venta la obra con arreglo a la ley, pasen veinte años sin que vuelva a imprimirse, porque su dueño acredite suficientemente que en dicho período ha tenido ejemplares de ella a la venta pública».

Las consecuencias de la entrada en el dominio público de las obras, por falta de inscripción en el Registro, ya fuera dentro del año siguiente a la publicación, o en el nuevo plazo también de un año, transcurridos once desde la publicación (2), llevó a la mayoría de la doctrina a entender que se trata-

(2) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS señala respecto de las consecuencias de la falta de inscripción en el Registro en los plazos señalados por la LPI que «la mala conciencia oficial sobre la injustificación de las graves consecuencias que produce el incumplimiento (y la frecuencia de los incumplimientos) se manifiesta en las sucesivas concesiones de prórroga del plazo legal del año, en disposiciones de ámbito temporal limitado, que en un principio se dictaban —como era lo adecuado— con rango de Ley (por ejemplo, Ley de 8 de agosto de 1895); después, con el de Decreto (Reales Decretos de 12 de abril de 1917 y 8 de enero de 1924) y, últimamente, el de Orden Ministerial (numerosas veces repetidas). En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, comentario a los artículos 428 y 429, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, págs. 781 y 782.

ba de un registro de carácter constitutivo, en el sentido de que el reconocimiento de la autoría como derecho de propiedad intelectual y, por tanto, el goce de los beneficios previstos por la Ley, sólo alcanzaban protección una vez verificada la inscripción en el Registro. Para estos autores, siguiendo a DANVILA —inspirador y promotor de la ley—, dicha inscripción tenía carácter constitutivo pues, aunque no era obligatoria —el Registro de la Propiedad Intelectual ha funcionado siempre bajo el principio de rogación de la inscripción—, era imprescindible para el goce pleno de los derechos y beneficios previstos por la Ley, tal y como reitera el artículo 17 del Reglamento de ejecución de 1880: «los autores... podrán obtener del encargado del Registro, cuando necesiten justificar sus derechos, un resguardo que acredite *haber adquirido legalmente la propiedad por medio de la inscripción* del periódico o publicación correspondiente». Al respecto, señala DANVILA, que «el que no inscribe podrá tener la gloria de la obra, pero no adquiere sobre ella la propiedad legal» (3). Esto es, la inscripción es necesaria para la adquisición originaria del derecho de propiedad intelectual sobre la obra creada (4), posición que ha sostenido numerosa jurisprudencia (5).

Como excepción a lo anterior, la Ley determinaba que la inscripción no era necesaria para hacer surgir los derechos y beneficios de propiedad intelectual en el caso de «los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía y en general todas las obras del arte pictórico, escultural o plástico» que, según establecía el artículo 37 de la Ley de la Propiedad Intelectual de 1879, «quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito», especificando en su párrafo segundo que «no por

(3) DANVILA Y COLLADO, *La Propiedad Intelectual*, Madrid, 1882.

(4) En este sentido, la posición de DANVILA, y por ende, de la LPI, de la que es principal autor, parece concebir, por un lado, la autoría de la obra y, por otro, la propiedad sobre la misma, propiedad intelectual que sólo se adquiere por la inscripción de la obra en el Registro.

(5) Cabe citar, entre otras, la sentencia de 3 de marzo de 1977, o la sentencia de 14 de octubre de 1983. A pesar de ello hay jurisprudencia que otorga un cierto reconocimiento a la propiedad intelectual a pesar de no haber inscrito la obra. Cfr. STS de 14 de octubre de 1983, que estima al respecto que «el primer motivo del recurso formalizado [...] denuncia infracción por violación del artículo 36, párrafos 1.º y 3.º de la LPI, que se entiende ocasionada al otorgar a la recurrida los beneficios propios del autor a pesar de que la inscripción en el Registro especial no se produjo [...] alegación que se reitera en el motivo segundo, con cita en el artículo 38 de dicha normativa, sosteniendo que a pesar de haber editado la recurrente los ejemplares, no por ello habría infracción alguna de la LPI, ya que la demandante no es titular de la obra, que ha entrado en el dominio público por falta de la oportuna inscripción registral; y ambos motivos tienen que ser rechazados, pues sin desconocer el significado que la regulación de la materia confiere al Registro, desvirtuando su verdadero carácter y convirtiéndolo en fuente de creación del derecho, lo que puede provocar, por carencia del asiento tabular harto frecuente en la realidad, la desposesión por parte de quien, desprovisto de buena fe, se beneficia del trabajo del autor».

ello dejan de gozar plenamente sus propietarios de todos los beneficios que conceden esta ley y el derecho común a la propiedad intelectual».

Esta excepción al sistema de inscripción prevista por el artículo 37 de la Ley de 1879 tiene su fundamento, según DANVILA, «indudablemente por la dificultad para duplicarlas», y GARCÍA-TREVIJANO FOS (6) también considera que «se establece un Registro general para todas las obras artísticas, con exclusión evidente de aquéllas que por su originalidad no pueden ser insertas» (7). MARTÍNEZ JIMÉNEZ resume estas conclusiones al considerar que el fundamento de la necesidad de la inscripción en el Registro estaba en la necesidad de protección de los derechos en el caso de obras que fuesen susceptibles de reproducción múltiple y que, por tanto, no lo era cuando dicha reproducción no pudiera llevarse a cabo. «El vigente ordenamiento jurídico de nuestro país opta... (...) por la intervención administrativa previa y constitutiva, aunque con matizaciones para determinadas obras (artísticas, por ejemplo) en que, dada su naturaleza irrepetible, la razón para la intervención de la Administración no se da, pues ésta se origina para las obras que son reproducibles múltiplemente y consecuentemente su trascendencia social es básica y su posibilidad de defraudación también» (8).

A pesar de la consideración mayoritaria del carácter necesario y constitutivo del Registro —ya fuera para otorgar protección ante la posible reproducción indiscriminada de obras, o en general, para hacer surgir el derecho de propiedad intelectual sobre la obra—, determinados autores consideraron que, al contrario, la inscripción en el Registro tenía carácter voluntario y declarativo y que lo que la Ley establecía no era la constitución de los derechos por el hecho de la inscripción, sino penalizaciones por la falta de la misma. Al concebirse el Registro General de la Propiedad Intelectual como un instrumento de publicidad de los derechos de Propiedad Intelectual, se incentivaba la inscripción (voluntaria), asignando consecuencias negativas en caso de no llevarse a cabo ésta.

Es la posición sostenida por CHICO Y ORTIZ (9), quien considera que se daba por parte de la doctrina «la tremenda confusión de que lo que regula la legislación de propiedad intelectual es la *propiedad de la idea* y de que el nacimiento de la propiedad surgía por el *requisito de la inscripción* en el Registro de la Propiedad Intelectual». Para este autor, «la protección registral,

(6) GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Salamanca, 1958.

(7) Aunque quizá debiera expresarse de otro modo, pues la originalidad es requisito esencial de la obra para el reconocimiento de la propiedad intelectual sobre la misma.

(8) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, JOSÉ ESTEBAN, «Actividad registral de la Administración en materia de derechos de autor: Registro de la Propiedad Intelectual y múltiples de arte», en *Revista de Administración Pública*, núm. 78, septiembre-diciembre de 1975.

(9) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, «Principios y problemas de la Propiedad Intelectual», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 565, 1984.

quizá mal concebida por los autores de la Ley, reside en la “inscripción estimulada” con sanción grave para su incumplimiento, permitiendo a todos utilizar la obra en “dominio público”», a lo que añade más adelante: «No es cierto que ésta [la inscripción] crease el derecho a la propiedad intelectual, sino lo que estableció es la penalidad de que si el derecho no se inscribía dentro de un plazo, pasaba a dominio público. Es decir, el derecho nacía desde que el autor lo crea o ejecuta, pero si el autor no desea la protección registral, su derecho pasa al dominio de todos».

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS también sostiene esta tesis, aunque considera que se trata de «cargas»: «aunque a veces se habla de obligación (cfr. art. 37 LPI) se trata de cargas, es decir, de comportamientos no exigibles (a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones), pero necesarios si se quieren evitar las consecuencias gravosas previstas por la Ley. Por su carácter de limitaciones de la propiedad intelectual, los supuestos de la carga y las consecuencias del incumplimiento deben ser interpretados estrictamente» [...] «El depósito e inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual no son requisitos constitutivos del derecho de autor, sino cargas que la Ley impone para gozar plenamente de la protección legal y evitar las graves consecuencias con que la Ley sanciona el incumplimiento» (10).

Creo que la disparidad de opiniones se debe a una diferente concepción de la función asignada al Registro por la Ley. Para DANVILA, la propiedad intelectual sobre la obra no se deriva de la creación, sino que surge *ex lege* con la inscripción, mientras que tanto CHICO Y ORTIZ como PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS recogen una concepción que posteriormente acogerá la legislación internacional (Convenio de Berna) y nacional (LPI de 1987) por la que la propiedad intelectual está ligada a la autoría y surge por el mero hecho de la creación, siendo ambas soluciones que derivan de una opción legislativa y no de la naturaleza de la creación o de la propiedad especial que nos ocupa.

A) NATURALEZA JURÍDICA DEL REGISTRO PREVISTO POR LA LPI DE 1879

La protección de los derechos de propiedad intelectual que realiza el Registro deriva, en primer lugar, del carácter público del mismo. En él se inscriben las obras susceptibles de generar dichos derechos (con excepción de las obras previstas por el art. 37) y con dicha inscripción se da publicidad y, por tanto, estabilidad y seguridad jurídica a los derechos de propiedad intelectual que surgen (11).

(10) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit. et loc.* pág. 780.

(11) Ya se entienda que surgen por la mera creación o como consecuencia de la inscripción en el Registro.

CHICO Y ORTIZ considera, por ello, que se trataba de «un Registro público de carácter jurídico, y no administrativo (12), en el que el esencial principio de publicidad producía efectos y no simplemente noticias. En él se protege la vertiente del contenido moral de la titularidad y el aspecto material que lleva consigo la propiedad. Las previas garantías que rodean a la solicitud de inscripción, el principio de calificación, la publicidad que a la titularidad de la obra se le da por medio del edicto en el Boletín Oficial, conceden al contenido de la inscripción una presunción de que quien inscribe la obra, aparte de ser autor, es su propietario, salvo que se justifique su transmisión» (13).

MARTÍNEZ JIMÉNEZ señala a este respecto que se trata de «un órgano administrativo [...] cuyas competencias son el proceder a instancia de parte a inscribir en sus correspondientes libros las obras cuyos autores deseen dar estabilidad a sus derechos, creando así un instrumento jurídico cuyo fin preponderante es proceder a dar publicidad *erga omnes* a los derechos que se derivan de las obras que en él se inscriben». Como apoyo a esta tesis explica el autor en nota que «en este sentido la creación del Registro de la Propiedad Intelectual se inició para dar igualdad de trato jurídico (y de protección) a esta propiedad inmueble y posibilitar en su momento la hipoteca. Así en el primer proyecto (17-XI-1876) de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, y para acabar con el sistema de depósito establecido por la Ley 1847, no se ocultaba por el proponente, señor DÁNVILA, la vinculación del Registro de la Propiedad Intelectual que se creaba en dicho proyecto, con el de la Propiedad Inmueble, siendo parte del mismo y dependiendo del entonces Ministro de Gracia y Justicia. Si bien esta dependencia original no prosperó en la discu-

(12) No es éste lugar para reproducir la vasta polémica generada en torno a la aceptación de la clasificación de los Registros Públicos en jurídicos y administrativos, si bien, como ha señalado, entre otros PAU PEDRÓN, a pesar de la utilidad de la clasificación, la propia terminología es equívoca puesto que «las expresiones “Registro jurídico” y “Registro administrativo” son ambiguas y equívocas: todos los Registros son jurídicos, porque todos están regidos por normas jurídicas y tienen contenido jurídico; todos los Registros son también administrativos, porque todos han sido establecidos y están encuadrados en la Administración» [PAU PEDRÓN, *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Universidad Pontificia de Comillas, 2003].

CHICO Y ORTIZ sitúa la diferencia entre ambas clases de Registros en cuanto a los efectos de la publicidad que de los mismos se deriva y habla por ello de «publicidad noticia», que sólo informa en el caso de los Registros administrativos, puesto que éstos «ofrecen —en general— noticias, informes, situaciones, hechos o circunstancias, nunca protegen al que quiere ampararse en ellos», y de «publicidad efecto», aquella que, además, protege al que confía en la veracidad de dicha información que le suministra la institución registral, y que es la propia de los Registros jurídicos [CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, «La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1994].

(13) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, «Principios y problemas de la Propiedad Intelectual», *op. cit. et loc. pág.* 1349.

sión del proyecto, sí lo hizo la filosofía del mismo en cuanto a la creación de su instrumento público de protección de derechos privados» (14).

La vocación del Registro es la de ser una institución jurídica cuya finalidad es la producción de seguridad jurídica y del tráfico, con el objeto de dar estabilidad y protección a los derechos de propiedad intelectual de los autores y titulares de las obras inscritas. Dicha finalidad se pretende a imagen y semejanza de la protección otorgada para la propiedad inmueble por el Registro de la Propiedad, con posibilidad, además, de constituir hipoteca sobre los mismos, aunque, en el caso del Registro de la Propiedad Intelectual, los efectos que se derivaban de la inscripción, no alcanzaban a ser en cuanto al dominio los mismos del Registro de la Propiedad. Se establece, como para este último, la presunción de que lo inscrito existe y que los derechos pertenecen a su titular de la manera en que aparecen recogidos por el asiento correspondiente (presunción de exactitud y principio de legitimidad), aunque nada se dice del instrumento que completa el sistema de protección de los «Registros jurídicos»: la protección del tercero que actúa de buena fe confiando en lo que aparece inscrito en el registro (principio de fe pública registral) (15).

B) EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO

Respecto del objeto de inscripción, tanto la Ley de 1879, como el Reglamento de 1880 de ejecución de la misma (16) hablan indistintamente de «inscripción de obras» —esa es, precisamente, la rúbrica del Capítulo V del Reglamento— y de «inscripción de derechos»: así, el artículo 36 de la Ley dispone que «para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual», a pesar de cuyo tenor la doctrina señaló unánimemente que lo que se inscribe son las obras, para constituir sobre ellas los derechos de sus autores (17).

(14) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, JOSÉ ESTEBAN, «Actividad registral de la Administración en materia de derechos de autor...», *op. cit. et loc.* pág. 95.

(15) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS considera que «a lo sumo, y aunque no hay norma expresa, podría extenderse al Registro de la Propiedad Intelectual, por analogía, la doctrina del tercero protegido por la fe pública registral: el conflicto de intereses entre propiedad y Registro tendría, en la propiedad registrable (común o especial), en principio, análoga solución», *op. cit. et loc.*, pág. 826.

(16) Reglamento de ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, aprobado por Real Decreto de 3 de septiembre de 1880.

(17) Para quienes como CHICO Y ORTIZ, la inscripción en este Registro no tenía el carácter de constitutiva, aunque la inscripción no constituye los derechos, sí los publica, esto es, se presentan a inscripción las obras y los documentos acreditativos de las transmisiones de los derechos de propiedad intelectual en el Registro, que «tiene como finalidad la publicación o publicidad de la autoría de la obra, de las facultades que de ella se

En el Registro también se inscribían las transmisiones de los derechos de propiedad intelectual, puesto que el titular de la propiedad intelectual puede «disponer de ella a su voluntad» (art. 428 del Código Civil) transmitiéndola o constituyendo hipoteca sobre la misma (18). Para que dicha adquisición derivativa se produjera establecía el artículo 9 del Reglamento de 1880 que ésta debía hacerse constar en documento público e inscribir en el Registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozaría de los beneficios de la Ley, teniendo esta inscripción también carácter constitutivo. Lógicamente, para los autores que sostienen el carácter declarativo del mismo, con consecuencias negativas derivadas de la falta de inscripción, tampoco la inscripción de la transmisión era necesaria: «la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no es requisito de la adquisición: no se es adquirente porque se inscribe, sino, por el contrario, sólo se inscribe porque se es ya adquirente. Pero interesa la inscripción —para la cual, en principio, es preciso que la adquisición conste en documento público— a fin de que el adquirente goce de las ventajas de la legitimación registral» (19).

También pueden constituirse derechos reales limitados sobre la propiedad intelectual. La hipoteca de la propiedad intelectual se regulaba por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, que exige para la constitución de la misma escritura pública e inscripción en el Registro especial de Hipoteca Mobiliaria. Una vez practicada la inscripción de la hipoteca, el registrador debía de dirigirse de oficio al Registro de la Propiedad Intelectual para que se tomara razón de la misma (20).

Respecto de los titulares del Registro, establecía el artículo 39 del Reglamento de 1880 que «los Registros Provinciales estarán bajo la dependencia y dirección de los Gobernadores Civiles, que cuidarán bajo su responsabilidad del exacto cumplimiento de este Reglamento. El Registro General de la Propiedad Intelectual estará a cargo del funcionario nombrado por el Ministerio de Fomento, a propuesta de la Dirección General de Instrucción Pública». El encargado del Registro llevaba a cabo una actividad de calificación, de carácter reglado, de los documentos presentados para la inscripción, acreditando su legalidad y la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. Se anotaban, en el libro-diario, las obras presentadas para su inscripción, librándose el certificado de inscripción siempre que aquéllas y los documentos que de-

deriven y de las transmisiones del derecho de explotación que se realicen, aparte de los gravámenes que se puedan imponer sobre dicha propiedad» [«Principios y problemas de la Propiedad Intelectual», *op. cit. et loc.*, pág. 1348].

(18) Evidentemente referido a los derechos patrimoniales, no a los morales.

(19) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit. et loc.*, págs. 825 y 826.

(20) Señala PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS que dicha comunicación al Registro de la Propiedad Intelectual y la toma de razón en el mismo carecía de efectos sustantivos para la constitución de la hipoteca, *op. cit. et loc.*, págs. 828 y 829.

bían acompañarlas cumplieran los requisitos establecidos» (art. 30 del Reglamento de 1880). Las obras, tras su calificación, se inscribían en diferentes Secciones, según se tratara de Obras científicas y literarias, Obras dramáticas y musicales, Obras de índole artística, no exceptuadas expresamente por el artículo 37 de la Ley, y Periódicos.

A partir del Decreto 2165/1965, de 15 de julio, se establece la obligación de que al frente del Registro se sitúe un registrador de la propiedad, que «calificará bajo su responsabilidad la competencia y facultades de quien autorice o suscriba los títulos presentados, la capacidad y legitimación de los otorgantes y el contenido y legalidad de las formas extrínsecas de los documentos. En la calificación se atenderá a lo que resulte de los títulos y de los correspondientes asientos del Registro» (art. 3 del Decreto 2165/1965). Se refuerza así la vocación de protección dispensada por este Registro a imagen y semejanza del de la Propiedad (21). Dicho Decreto estuvo en vigor hasta su derogación por el Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aunque su Disposición Transitoria 2.^a mantenía su vigencia transitoria en tanto no se dictaren las correspondientes normas de desarrollo del Real Decreto. La norma quedó definitivamente derogada por la Disposición Derogatoria del Real Decreto 733/1993, de 14 mayo, por el que se aprueba el siguiente Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

2. EL REGISTRO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1987

La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, introdujo importantes cambios en la regulación de la Propiedad Intelectual, así como en los mecanismos de protección de la misma, entre ellos, el que nos ocupa, el Registro General de la Propiedad Intelectual.

La nueva Ley reconoce y tutela la propiedad intelectual, que surge, ahora expresamente, por el mero hecho de la creación y regula los derechos morales relativos a la misma que tienen carácter irrenunciable e inalienable, así como los patrimoniales, estos transmisibles y temporales. De esta manera, el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual no queda sometido a ningún requisito formal, y el Registro General de la Propiedad Intelectual se

(21) Aunque «después de practicado el asiento, puede rectificarse cualquier error u omisión sustancial por expediente que resuelve la correspondiente Dirección General (cfr. art. 39 del Reglamento). En la práctica son frecuentes los casos en que determinados asientos son gubernativamente declarados nulos o válidos». PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit. et loc.*, pág. 836.

concibe como un mecanismo de protección de unos derechos que surgen con la creación, sin necesidad de inscripción en el Registro para su constitución o disfrute. La misma Exposición de Motivos de la Ley hace referencia a ello, señalando que «la Ley faculta a los titulares de los mismos [de los derechos] para que, como medida especial de protección y salvaguarda, procedan a su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual».

El Registro, acorde con el nuevo régimen jurídico de la propiedad intelectual, quedaba regulado por los artículos 129 y 130 de la LPI de 1987, con el siguiente tenor:

«Artículo 129. El Registro General de la Propiedad Intelectual dependerá del Ministerio de Cultura y tendrá carácter único para todo el territorio nacional.

En cada una de las capitales de provincia existirá una oficina provincial del Registro a los efectos de la toma de razón de las solicitudes de inscripción, que funcionará bajo la dirección del Registro General, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas.

Artículo 130.1. Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley.

2. El Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, pudiendo denegar o suspender la práctica de los asientos correspondientes. Contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

4. El Registro será público, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse al amparo de lo previsto en el artículo 100.

5. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de inscripción, así como la estructura y funcionamiento del Registro».

Se establece así, de manera inequívoca, el Registro como un mecanismo de carácter declarativo y voluntario de protección de los derechos de propiedad intelectual que previamente existen y quedan reconocidos, pero que, a través de la publicación de los mismos por el Registro, de carácter público, gozan de una especial protección.

La Ley configura, en su artículo 129, el Registro como un órgano que, dependiente del Ministerio de Cultura, es único para todo el territorio nacional, dejando a los llamados «Registros Provinciales» como meras oficinas de toma de razón de las solicitudes. Éstas se limitan a anotar la entrada en la

oficina de la solicitud de inscripción y dar traslado de la misma al Registro General, único con competencia para proceder a la calificación e inscripción de los derechos. Incluso en el caso de las Comunidades Autónomas que hubieran asumido su competencia en la materia, ésta se limitaba al ejercicio por los servicios que la Administración Autonómica determinara, de las funciones de las Oficinas Provinciales del Registro (art. 1 del Reglamento de 1991). A esto se refiere el artículo 129, párrafo segundo de la LPI de 1987, que limita dichas funciones propias de los Registros Provinciales a la toma de razón de las solicitudes, añadiendo *in fine* «sin perjuicio de las competencias que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas».

Precisamente por este motivo, la LPI de 1987 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por las Comunidades Autónomas de Cataluña y del País Vasco que, entre otros artículos de la Ley, se refería a los artículos 129 y 130, relativos al Registro General de la Propiedad Intelectual. El argumento por el que se instaba el recurso presentado por el Gobierno Vasco era de la violación del reparto competencial resultante del bloque de constitucionalidad, ya que, en materia de propiedad intelectual, la legislación queda reservada al Estado, por lo que la ejecución de dicha legislación había sido asumida por la Comunidad Autónoma, considerando así que la nueva regulación infringía el título competencial de ejecución que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, comprende también la creación del instituto registral de que se trate, así como el establecimiento de sus aspectos organizativos, cuestiones que ni el artículo 129 ni el artículo 130.5 habían respetado. Para el Abogado del Estado, sin embargo, los artículos eran perfectamente acordes a la Constitución, según los títulos competencias recogidos en el artículo 149.1.9.^a, ya que la unicidad del Registro es una decisión perteneciente al ámbito propio de la legislación, y en el artículo 149.1.8.^a relativo a la competencia estatal de ordenación de los registros que incluye a los registros en materia de Derecho Privado.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 196/1997, de 13 de noviembre, tras exponer las posiciones del Gobierno Vasco y del estatal, no se pronunció sobre la constitucionalidad de estos artículos por considerar que la impugnación había quedado sin objeto por derogación sobrevenida de los mismos, ya que la Ley 20/1992, de 7 de julio, a la que nos referiremos más adelante, había modificado el contenido del artículo 129 y procedido a la derogación del apartado 5 del artículo 130.

3. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1991

Anteriormente a la modificación de la LPI en 1992, y en virtud de la habilitación reglamentaria prevista por el apartado 5.º del artículo 130 de la LPI de 1987, se dictó el Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual.

A) NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como establecía la Exposición de Motivos del Reglamento de 1991 (22), el Registro quedaba configurado tanto por la Ley y como por el Reglamento como un mecanismo, de carácter administrativo, de tutela de los derechos, añadido a los instrumentos judiciales previstos por la Ley. El fundamento de la protección reside en el carácter público del Registro, así como en la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los asientos respectivos (principio de legitimidad).

«Rasgo principal de la nueva regulación del Registro —decía la Exposición de Motivos del Reglamento de 1991— es la voluntariedad y el carácter no constitutivo del mismo para la protección que la Ley otorga a los derechos de propiedad intelectual. Esta característica, que armoniza nuestra normativa a los Convenios internacionales sobre esta materia, ratificados por España, supone un cambio en relación con la anterior Ley de 1879. Según dicha norma, para gozar de los beneficios concedidos por ella, era necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual, y si transcurridos los plazos legalmente establecidos no se inscribía, la obra entraba definitivamente en el dominio público».

Los principios que regulan la institución, tanto a nivel legal como reglamentario, hacen que ésta no pueda calificarse plenamente como «registro jurídico». CHICO Y ORTIZ, haciendo referencia al texto de la nueva ley de 1987 (aunque ya lo había entendido así para la anterior legislación), considera que «la falta de “expertos” en la última fase de redacción del proyecto de ley ha supuesto la mutilación de ciertos principios necesarios para que la institución tenga vida y sirva de protección al autor (...)» (23), refiriéndose a los principios que, según se ha visto son los característicos de los registros llamados «jurídicos» o «de seguridad jurídica».

(22) Y que, en términos casi literales, han repetido los Reglamentos de 1993 y de 2003.

(23) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», *op. cit. et loc.*, pág. 123.

A esta conclusión se llega por los principios que caracterizan al Registro, que, efectivamente, otorgan cierta protección a los derechos inscritos, y que son los siguientes:

- a) Principio de voluntariedad de la inscripción, puesto que la institución registral, como vía de protección de derechos que existen desde la creación de la obra (cuestión ya fuera de dudas desde la LPI de 1987) funciona de manera rogada, en cuanto que los titulares de los derechos son quienes deben instar la inscripción para gozar de la protección que les ofrece el Registro.
- b) Principio de publicidad de lo inscrito, que se hace público a través de consultas directas de los libros y de los expedientes (con ciertos límites) y por la expedición de certificaciones y notas simples informativas (art. 11 del Reglamento de 1991).
- c) Principio de tracto sucesivo (art. 8), por lo que la inscripción de nuevos derechos derivados deben traer causa de los anteriores inscritos o, a falta de estos, instarse la restauración del tracto por acreditación fehaciente de que la persona de quien adquiere el derecho (y que no consta en el Registro como titular) lo adquirió, a su vez, por documento público.
- d) Principio de calificación registral, por parte del Registrador General de la Propiedad Intelectual, quien verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos para la inscripción de las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles.
- e) Presunción de exactitud y principio de legitimación; tanto la LPI de 1987 como el artículo 9 del Reglamento de 1991, establecen la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

A pesar de la reiteración de estos principios, la protección que otorga el Registro no será, como ya se ha indicado, la propia de los «Registros jurídicos»; la inscripción en el Registro servirá solamente como modo privilegiado de prueba, pues, a diferencia de los Registros llamados «jurídicos» o que producen «publicidad efecto», ni la Ley ni el Reglamento incluyen el principio de fe pública registral que protege a los terceros que confían en lo inscrito en el Registro y que convierten al mismo en un instrumento fundamental de la seguridad del tráfico jurídico.

B) RÉGIMEN JURÍDICO

El articulado del Reglamento, ajustándose a lo previsto por la LPI de 1987, establecía la dependencia orgánica del Registro del Ministerio de Cultura; su carácter único para todo el territorio nacional y la existencia de Oficinas Provinciales de Registro, a los solos efectos de recepción y tramitación de las solicitudes de inscripción. Son funciones propias —y exclusivas— del Registro General, la tramitación y resolución de los expedientes y las inscripciones; la emisión de informes técnicos sobre cuestiones referentes al Registro a solicitud de Juzgados, Tribunales u Organismos públicos y cualquier otra función que le sea atribuida por la legislación, funciones que se atribuyen, de manera exclusiva —y excluyente— al Registro General, que funciona con carácter centralizado (art. 3 del Reglamento).

El Reglamento determina como objeto del Registro la «inscripción de los derechos relativos a las obras, actuaciones o producciones protegidas por la Ley, así como la de los actos y contratos de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales y de cualesquiera otros actos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a los indicados derechos inscribibles» (art. 2). Es decir, que se trata, ahora, de un Registro que publica derechos sobre obras, pero no obras. En este sentido consideraba CHICO Y ORTIZ que «los derechos inscribibles son muy amplios (...). De las tres clases de derechos que la Ley enumera: moral, de explotación y de plusvalía y participación, entiendo que sólo pueden ser objeto de inscripción los de explotación de la obra, que llevan consigo la «titularidad» de la propiedad de la misma en forma originaria o derivativa (por transmisión o sucesión). Los demás escapan a una posible constatación registral, pues inscrito el derecho de propiedad originario o adquirido lleva consigo (o no, en ciertos casos) los demás» (24). A este respecto, sin embargo, resulta evidente que la inscripción de la obra protege asimismo al resto de los derechos derivados de la misma, pues, aunque los mismos surjan por el mero hecho de la creación, el Registro servirá de prueba cualificada de su existencia.

En cuanto a su estructura, el Registro se ordena en Secciones, según la clase de obra objeto de inscripción (25), y el Reglamento determina los do-

(24) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 584, 1988.

(25) Artículo 4.º El Registro General de la Propiedad Intelectual, según la clase de obras, actuaciones y producciones objeto de derechos de propiedad intelectual, se divide en las siguientes secciones: Sección I: Las obras literarias y científicas en cualquiera de sus modalidades, con excepción de las incluidas en la sección III. Sección II: Las composiciones musicales, con o sin letra. Sección III: Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías, pantomimas y, en general, las obras teatrales. Sección IV: Las obras y producciones audiovisuales. Sección V: Las esculturas, obras de dibujo, pin-

cumentos necesarios que deben presentarse para inscribir las obras en función de la Sección a la que correspondan, por la distinta naturaleza de cada una de ellas. En todo caso, deben constar en el asiento: el nombre del solicitante y, en su caso, de su representante; nombre, nacionalidad y residencia habitual del autor o autores; la naturaleza del derecho que se pretende inscribir; el título de la obra; la descripción para su identificación; y la declaración de si ha sido divulgada o no (arts. 4 y 16 a 23).

Los asientos que se practican en los libros del Registro son de tres tipos: de inscripción, de cancelación y de anotación preventiva. La inscripción se realiza tras el examen por el registrador (del Registro General) de las solicitudes presentadas, a través del cual se verifica que dichas solicitudes cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación y califica la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, atendiendo a lo que conste en el Registro.

Respecto del procedimiento a seguir, se establecía un plazo de tres meses para la subsanación de errores apreciados por el registrador en la solicitud o documentación presentada. En caso de transcurso del plazo sin que se hubieran subsanado se producía la caducidad del procedimiento y denegación de la inscripción, si, por el contrario, eran subsanados, el encargado del Registro disponía de un nuevo plazo de tres meses para resolver inscribiendo o denegando la inscripción (motivadamente) (arts. 28 y 29) (26).

Contra la resolución del registrador podían ejercitarse directamente, ante la jurisdicción civil, las acciones correspondientes (art. 31). Es decir, se establecía la jurisdicción civil como la única competente para conocer de las cuestiones propias del Registro General de la Propiedad Intelectual, excluyéndose específicamente la impugnación en vía administrativa, a pesar del carácter claramente administrativo del procedimiento de inscripción y de rea-

tura, grabados y litografías y demás obras plásticas, tebeos y «cómic», así como las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. Sección VI: Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras de arquitectura o ingeniería, así como los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y la ciencia. Sección VII: Los programas de ordenador. Sección VIII: Las actuaciones de artistas intérpretes o ejecutantes. Sección IX: Las producciones fonográficas. Sección X: Las meras fotografías. Sección XI: Las producciones editoriales previstas en el artículo 119 de la Ley.

Cada sección podrá contar, según su naturaleza, con una subsección para obras y producciones no divulgadas.

(26) El artículo 29 fue modificado por Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio, para la adecuación a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dada la vigencia transitoria del régimen previsto por el Reglamento de 1991, hasta la puesta en funcionamiento de los Registros Territoriales. Dicha reforma establecía un plazo para la resolución de seis meses, tras el cual se producía silencio negativo. El plazo para la subsanación de defectos se reduce a diez días (ampliables a quince), debiendo resolver el Registrador, una vez subsanados los defectos en el plazo restante.

lizarse ésta por un funcionario de la Administración del Estado, puesto que, una vez derogado el Decreto 2165/1965, por la Disposición Derogatoria del Reglamento de 1991, al frente del Registro ya no se encuentra un Registrador del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sino un funcionario del Ministerio de Cultura (aunque por previsión de la Disposición Transitoria segunda del Reglamento, se determinó la vigencia transitoria del Decreto, que se prolongó hasta su definitiva derogación por el Reglamento de 1993).

Finalmente, en cuanto al procedimiento para los asientos de cancelación y anotación preventiva, el Reglamento se remite a la legislación hipotecaria (arts. 37 y 38), y a la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento para los supuestos de inscripción de hipotecas (arts. 35 y 36), por lo que parece que el sistema de constitución de hipoteca permanece sin cambios respecto de la legislación anterior.

El Reglamento de 1991 tuvo una vigencia formal efímera, por cuanto tras la modificación legislativa operada por la Ley 20/1992, de la que nos ocupamos a continuación, se procedió a la elaboración de un nuevo Reglamento en 1993 (aprobado por Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo). Sin embargo, el Reglamento de 1991 siguió siendo objeto de aplicación transitoria hasta la definitiva derogación expresa operada por el Reglamento actualmente vigente (aprobado por Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo), ya que la Disposición Transitoria Única del Reglamento de 1993, establecía en su apartado tercero que «hasta la entrada en funcionamiento del Registro Territorial a que se refiere el apartado anterior (27), las funciones registrales seguirán ajustándose a las disposiciones del Real Decreto 1584/1991, de 18 octubre» (28).

4. EL REGISTRO EN LA REDACCIÓN DADA A LA LPI POR LEY 20/1992

La Ley 20/1992, que modifica a la LPI de 1987, dio una nueva redacción al artículo 129 y derogó el apartado quinto del artículo 130, dando a los artículos de la Ley que regulan el Registro General de la Propiedad Intelectual su redacción actual, puesto que ni el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de

(27) El apartado segundo de dicha Disposición Transitoria establecía que «a propuesta de la Comisión, la Consejería competente de la Comunidad Autónoma publicará en el “Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma” la fecha a partir de la cual el Registro Territorial iniciará su funcionamiento con sujeción a lo establecido en el presente Real Decreto y en el Reglamento anejo. Dicha resolución será también publicada en el “Boletín Oficial del Estado”».

(28) En virtud de la aplicación transitoria del Reglamento de 1991, se procedió a dictar el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio, para la adecuación del procedimiento de inscripción previsto en el Reglamento de 1991, a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el que se reformaba el artículo 29 del Reglamento de 1991, vid. nota núm. 26.

abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Propiedad Intelectual, ni la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de reforma del Texto Refundido, han alterado el tenor literal de estos dos artículos, aunque sí su numeración: en el Texto Refundido de 1996 pasaron a ser, respectivamente, los artículos 139 y 140 y, tras la reforma por Ley 5/1998, pasaron a ser los artículos 144 y 145 (29).

Con distinta numeración que la actual, pues, pero con el mismo contenido literal, la Ley 20/1992 de reforma de la LPI, reguló el Registro General de la Propiedad Intelectual de la siguiente manera:

«Artículo 129. Organización y funcionamiento (30).

1. El Registro General de la Propiedad Intelectual tendrá carácter único en todo el territorio nacional. Reglamentariamente se regulará su ordenación, que incluirá, en todo caso, la organización y funciones del Registro Central dependiente del Ministerio de Cultura y las normas comunes sobre procedimiento de inscripción y medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones públicas competentes.

2. Las Comunidades Autónomas determinarán la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, y asumirán su llevanza, cumpliendo en todo caso las normas comunes a que se refiere el apartado anterior.

Artículo 130. Régimen de las inscripciones (31).

1. Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley.

2. El Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, pudiendo denegar o suspender la práctica de los asientos correspondientes. Contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

4. El Registro será público, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse al amparo de lo previsto en el artículo 101 de esta Ley».

(29) Renumeración operada por el artículo 6.4 de dicha Ley.

(30) Este artículo ha pasado a ser, con idéntica redacción, el artículo 139 del Texto Refundido de la LPI de 1996, y el artículo 144, desde la modificación operada por Ley 5/1998, de 6 de marzo.

(31) Este artículo ha pasado a ser, con idéntica redacción, el artículo 140 del Texto Refundido de la LPI de 1996, y el artículo 145, desde la modificación operada por Ley 5/1998, de 6 de marzo.

A pesar de que en la nueva redacción dada al artículo 129 LPI se seguía hablando del «carácter único» del Registro, queda claro, por el tenor del artículo, que se ha procedido a una reforma sustancial y de fondo del carácter y organización del Registro General. Éste se convierte en un Registro de carácter descentralizado: las «Oficinas Provinciales del Registro» —cuyas competencias (asumidas o no por las Comunidades Autónomas) se limitaban a la toma de razón de las solicitudes y a su traslado al Registro General, único competente para proceder a la inscripción— devienen «Registros Provinciales». Las Comunidades Autónomas ven de esta manera sustancialmente ampliadas sus competencias de ejecución en materia de propiedad intelectual, pues pasan a asumir su llevanza, así como la determinación de la estructura y funcionamiento de los Registros Provinciales dentro del marco de «las normas comunes sobre procedimiento de inscripción y medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones Públicas competentes». Es decir, ya no se trata de un Registro de «carácter único», tal y como se entendía según la anterior redacción del precepto, aunque la LPI lo siga diciendo así, sino de un sistema descentralizado y coordinado de Registros de Propiedad Intelectual (32).

Al respecto MARCO MOLINA considera que el Registro «no es único sino de funcionamiento homogéneo» (33). PAU PEDRÓN (34) critica seriamente la redacción del precepto. Considera al respecto que «el Registro General no existe, es una entelequia. En ningún ordenamiento registral con pluralidad de oficinas dotadas de idéntica eficacia se hace una declaración semejante de unicidad; no se dice que el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil o el Registro Civil sean únicos. Si lo que se quiere decir es que el sistema registral es único en todo el territorio nacional, se trata de una abstracción

(32) La Exposición de Motivos de la Ley 20/1992 decía al respecto que: «6. Es también objeto de modificación el artículo 129, relativo al Registro General de la Propiedad Intelectual. Según el texto legal de 1987, el Registro creado, con carácter único para todo el territorio nacional, se articulaba mediante una estructura de oficinas provinciales con la única intervención de efectuar la toma de razón de las solicitudes de inscripción. La modificación introducida mantiene el carácter de Registro único, permitiendo que las Comunidades Autónomas, con competencia en esta materia, determinen la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, los cuales no se limitarán a efectuar las tomas de razón, sino que asumirán la llevanza en su totalidad, dentro del marco de las normas comunes de procedimiento que se determinarán reglamentariamente. 7. Por otra parte, como consecuencia de esta modificación, es innecesaria la vigencia del punto 5 del artículo 130, que se deroga».

(33) MARCO MOLINA, JUANA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Dir.: BERCOVITZ. *Comentario al artículo 139*, 2.ª ed., Tecnos, 1997.

(34) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir.: ALBALADEJO y DÍAZ ALABART. *Comentario al artículo 129*, Tomo V, vol. 4-B. *Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1995.

teórica que no debe expresarse en una ley, y que por lo demás se desprende directamente de este artículo y del siguiente: hay diversos Registros (art. 129), pero todos tienen idéntica eficacia (art. 130). La afirmación de que «el Registro de la Propiedad Intelectual [...] tendrá carácter único para todo el territorio nacional», tenía sentido en el antiguo artículo 129, teniendo en cuenta la organización registral prevista en la versión primitiva de la Ley de 1987, pero es innecesario, si no confuso, en la organización actual» (35).

5. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1993

La modificación sustancial de la estructura registral operada por la Ley 20/1992, de 7 de julio, determinó la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento adecuado al nuevo sistema descentralizado de organización del Registro, el cual se aprobó por Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, y que diferiría su entrada en vigor hasta el 1 de marzo de 1994 por «la dificultad técnica que entraña el establecimiento de un modelo registral como el contenido en el Reglamento, por lo que se ha considerado preferible retrasar hasta entonces la producción de efectos del presente Real Decreto, lo que facilitará a las Comunidades Autónomas y al Ministerio de Cultura un lapso de tiempo, que por otra parte se estima suficiente para ir adecuando no sólo las estructuras organizativas sino también las funcionales al nuevo marco diseñado. Entretanto el Registro General todavía en funcionamiento seguirá prestando el servicio público que tiene atribuido» (36).

Si la previsión de posponer la entrada en vigor del Reglamento fue acertada, en cuanto a que para que el funcionamiento del Registro General de carácter descentralizado resultara aplicable debían crearse las estructuras registrales provinciales por parte de las Comunidades Autónomas, en lo que no se acertó fue en la previsión de la duración de ese lapso temporal. A fecha de 1 de marzo de 1994, las estructuras autonómicas seguían sin existir, lo que determinó que, por la aplicación de la Disposición Transitoria del Real Decreto 733/1993, se siguiera aplicando el Reglamento de 1991, que el propio

(35) Ciertamente la expresión «carácter único» resulta confusa, pero creo que se debe más bien a una cuestión de redacción que de fondo, pues, aunque ahora se trate de un Registro descentralizado, los efectos que se derivan de la inscripción registral sí son únicos, en cuanto a que la protección dispensada por la inscripción en un Registro Territorial no se limita al ámbito territorial del mismo, esto es, una Comunidad Autónoma, sino que los efectos que se derivan de la publicidad dispensada se extienden a todo el territorio nacional, sin necesidad de inscribir en cada uno de los Registros Territoriales. Es más, con efecto de «cierre registral» para todos los demás Registros.

(36) Exposición de Motivos del Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

Real Decreto 733/1993 había derogado expresamente. Esta vigencia transitoria se ha prolongado, para algunas Comunidades Autónomas, hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento en 2003, dictado precisamente para solucionar esta precaria situación y que deroga definitivamente ambos Reglamentos.

La complejidad que entrañaba la puesta en funcionamiento de un sistema descentralizado de Registros se debía no sólo a la dificultad de la creación y coordinación de dichos Registros Territoriales, sino a que la mayoría de las Comunidades Autónomas carecían de la competencia necesaria, por no haberla previsto sus respectivos Estatutos de Autonomía, o por resultar insuficiente el título de competencia de gestión y ejecución en materia de Propiedad Intelectual.

La situación competencial en materia de Propiedad Intelectual era la siguiente: habían asumido competencias en la materia, en sus respectivos Estatutos de Autonomía las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Galicia, País Vasco y Navarra. Como señala al respecto MARCO MOLINA, el Reglamento de 1993 no hace referencia alguna a diferencias competenciales existentes entre las diversas Comunidades Autónomas, tal y como lo hacía el Reglamento de 1991, sino que parece presumir un mismo nivel competencial para todas ellas (arts. 2 y 3 del Reglamento de 1993), lo que hizo necesario el reforzamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, a través de la reforma de sus respectivos Estatutos de Autonomía (37).

A lo anterior debe añadirse el hecho de que la creación y llevanza de Registros Territoriales, encargados de funcionar no sólo como oficina de toma de razón, sino como verdaderos registros que califican e inscriben derechos de Propiedad Intelectual, determinaba la necesidad no sólo de un título competencial, sino de que quedaran cubiertas la necesidades presupuestarias y de medios materiales y personales para la llevanza de dichos Registros, cuestión que no había quedado suficientemente cubierta por los trasposos de funcionarios y servicios operados por los Reales Decretos de transferencias que ya se habían referido, entre otras cosas, a materias de cultura y a la propiedad intelectual (38). Esto determinó que, con posterioridad a la reforma

(37) Leyes Orgánicas de reforma de los respectivos Estatutos de Autonomía: LO 1/1994 para Asturias, LO 2/1994 para Cantabria, LO 3/1994 para La Rioja, LO 4/1994 para Murcia, LO 5/1994 para la Comunidad Valenciana, LO 6/1994 para Aragón, LO 7/1994 para Castilla-La Mancha, LO 8/1994 para Extremadura, LO 9/1994 para Baleares, LO 10/1994 para Madrid, y LO 11/1994 para Castilla-León, todas ellas de fecha 24 de marzo de 1994; y LO 4/1996, de 30 de diciembre, para Canarias.

(38) A efectos de poder llevar a cabo las competencias que permitía asumieran la anterior legislación de propiedad intelectual, sobre llevanza del Registro, para toma de razón y traslado de las solicitudes presentadas en los Registros Provinciales: Reales Decretos 1075/1981, de 24 de abril y 864/1984, de 29 de febrero, para Andalucía; Real Decreto 3529/1981, de 29 de diciembre, para Aragón; Real Decreto 2874/1979, de 17 de

legislativa del Registro, se dictara una nueva serie de Reales Decretos de transferencia de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual, que permitieran la efectiva creación y puesta en funcionamiento de los Registros Territoriales bajo la dependencia de las Comunidades Autónomas (39).

Durante el período de vigencia del Reglamento de 1993, del que pasamos a ocuparnos a continuación, sólo en el caso de las diez Comunidades Autónomas a favor de las cuales se habían dictado los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios, se procedió a la creación de sus respectivos Registros Territoriales, una vez recibidas dichas transferencias y siguiendo las prescripciones establecidas por las Disposiciones Adicionales y Transitoria del Reglamento de 1993, por lo que la aplicación real del mismo fue efímera, al seguir aplicándose el de 1991, en espera de la creación del resto de Registros Territoriales.

A) ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICA

El Reglamento de 1993 se dictó a fin de adaptar el régimen jurídico del Registro a las modificaciones sustanciales realizadas por la Ley 20/1992, de reforma de la LPI de 1987, por la que, tal y como se ha visto, se pasó de un sistema de Registro «único», centralizado, a otro de carácter descentralizado (a pesar de que tanto la LPI como el Reglamento sigan hablando de que «el Registro es único en todo el territorio nacional») (art. 2 del Reglamento de 1993). Introduce, por tanto, importantes novedades respecto del régimen jurídico del Registro General de la Propiedad Intelectual.

diciembre, para Asturias; Real Decreto 2567/1980, de 7 de noviembre, para Baleares; Real Decreto 2843/1979, de 7 de diciembre, para Canarias; Real Decreto 2416/1982, de 24 de julio, para Cantabria; Real Decreto 3072/1979, de 30 de enero, para Castilla-La Mancha; Real Decreto 3528/1981, de 29 de diciembre, para Castilla-León; Real Decreto 1010/1981, de 27 de febrero, para Cataluña; Real Decreto 278/1980, de 25 de enero, para la Comunidad Valenciana; Real Decreto 2912/1979, de 21 de diciembre, para Extremadura; Real Decreto 1634/1980, de 31 de julio, para Galicia; Real Decreto 3023/1983, de 13 de octubre, para La Rioja; Real Decreto 680/1985, de 19 de abril, para Madrid; Real Decreto 466/1980, de 29 de febrero, para Murcia; Real Decreto 335/1986, de 24 de enero, para Navarra, y Real Decreto 3069/1980, de 26 de septiembre, para el País Vasco.

(39) Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual: Real Decreto 1409/1995, de 4 de agosto (de ampliación de los medios inscritos), para Andalucía; Real Decreto 611/1999, de 16 de abril, para Aragón; Real Decreto 2091/1999, de 30 de diciembre, para Asturias; Real Decreto 897/1995, de 2 de junio, para Cataluña; Real Decreto 850/1999, de 21 de mayo, para la Comunidad Valenciana; Real Decreto 2025/1997, de 26 de diciembre, para Extremadura; Real Decreto 1825/1998, de 28 de agosto, para Galicia; Real Decreto 1827/1998, de 28 de agosto, para La Rioja; Real Decreto 971/2002, de 22 de marzo, para Madrid; Real Decreto 643/1995, de 21 de abril, para Murcia.

En primer lugar, respecto de su composición, según esta regulación el Registro «está integrado por los Registros Territoriales, el Registro Central y la Comisión de Calificación» (art. 2.2). Se trata, para PAU PEDRÓN de «una noción de Registro General más amplia que la de sistema registral, pues engloba también una institución —la Comisión de Coordinación— sin funciones propiamente registrales, sino más bien políticas y normativas» (40). El propio Reglamento, en su Exposición de Motivos, se refiere a la nueva estructura del Registro como un «agregado sistemático de órganos, concretamente uno coordinador (Comisión de Coordinación), los órganos descentralizados de registro propiamente dichos (Registros Territoriales) y un órgano conformado como red de información (el Registro Central)».

El Reglamento determinaba cuáles eran las funciones propias de cada uno de estos órganos componentes del Registro. Así, establecía el artículo 3 que corresponden a los Registros Territoriales: la tramitación y resolución de los expedientes de inscripción o anotación, la práctica de las inscripciones, la certificación y publicidad de los derechos, actos y contratos inscritos y la emisión de informes de carácter técnico sobre cuestiones referentes a las inscripciones de derechos, actos y contratos sobre obras, actuaciones y producciones protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, cuando sea requerido para ello por Juzgados, Tribunales u otros órganos o entidades públicas, así como cualquier otra función no atribuida por este Reglamento expresamente a la Comisión de Coordinación o al Registro Central.

El artículo 4 reservaba al Registro Central las funciones de diseño y gestión de la red de información del Registro General, la publicidad general, meramente informativa, de los asientos de los Registros Territoriales, la recepción de escritos y solicitudes que se dirijan a cualquier Registro Territorial, al que se trasladarán el día siguiente al de su presentación y la emisión de los informes previstos Reglamento y aquellos que la Comisión de Coordinación le solicite, siempre que estén relacionados con las funciones que se encomiendan al Registro Central.

Finalmente, el artículo 5 atribuye a la Comisión de Coordinación, entre otras, las funciones de proponer a las autoridades competentes la aprobación de las normas necesarias para el funcionamiento homogéneo del Registro General de la Propiedad Intelectual, así como la adopción de las medidas de coordinación e información que sean necesarias, resolver los conflictos sobre determinación del Registro competente y sobre solicitudes incompatibles, y proponer al Registro Central la fórmula más eficaz para la materialización de la función de publicidad general. A la Comisión se atribúan además, determinadas funciones tendentes a la creación del sistema descentralizado de Registros, determinar el calendario y el procedimiento para su implantación,

(40) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit. loc.*, pág. 742.

a fin de garantizar un sistema registral homogéneo (Disposición Adicional Primera, apartado 5) (41).

La Comisión se constituyó el 7 de abril de 1994, compuesta por un representante de cada Comunidad Autónoma, un representante del Ministerio de Cultura, designado para representar a los Registros de Ceuta y Melilla y el titular del Registro Central.

A la Comisión correspondían, por tanto, importantes funciones consultivas y de resolución, especialmente en lo que se refiere a la coordinación de los verdaderos Registros, los territoriales —incluida su puesta en funcionamiento— y el Registro Central, y la resolución de los conflictos que se pudieran plantear en cuanto a inscripciones incompatibles en dos o más registros o la determinación del Registro competente para llevar a cabo las inscripciones. El Reglamento dedica varios artículos a la resolución de estas posibles incompatibilidades enunciando varias reglas sobre los registros competentes para la primera inscripción (en principio, el del domicilio del autor o titular solicitante) y para las inscripciones sucesivas (normalmente aquél en que se hubiere efectuado la primera inscripción) estableciendo la posibilidad de traslado de los asientos y expedientes a otro Registro Territorial y, finalmente, remitiendo la decisión a la Comisión de Coordinación cuando de las anteriores reglas no pudiera deducirse cuál es el Registro competente (art. 15). También el Reglamento establece las reglas para las solicitudes que resultan incompatibles,

(41) Disponía esta Disposición Adicional primera, apartado 5 que:

«Son funciones de la Comisión durante el período de implantación del Registro General de la Propiedad Intelectual:

a) La adopción de criterios y la formulación de la propuesta consiguiente a las autoridades competentes a efectos de la fijación del calendario y del procedimiento para la puesta en marcha de los Registros Territoriales.

b) En particular, la adopción de criterios y la formulación de propuestas sobre:

1.º Fijación del número de Registros Territoriales en cada Comunidad Autónoma.

2.º Elección y diseño del sistema informático compatible a que se refiere el artículo 8.2 del Reglamento, así como la fijación del calendario para su implantación.

3.º Establecimiento de modelos de impresos para la solicitud de inscripción.

4.º Establecimiento del plazo en el que se procederá al traslado de asientos y expedientes desde el actual Registro General de la Propiedad Intelectual al Registro Territorial correspondiente al domicilio de quien instó la primera inscripción, en los términos de la Disposición Adicional segunda de este Real Decreto.

5.º Decisión sobre cuál sea el registro competente respecto de los asientos y expedientes en los que no pueda identificarse tal competencia con arreglo al criterio establecido en el apartado anterior o con los que, asimismo, prevé el artículo 15 del Reglamento.

c) La adopción de criterios y la propuesta a las autoridades competentes de la dotación mínima de medios humanos y materiales que asegure el correcto funcionamiento de los Registros Territoriales.

d) Todas las demás que en términos generales prevé el artículo 5 del Reglamento y que haya de ejercer durante el período de implantación para el mejor cumplimiento de sus fines».

sobre las que tanto el Registro Central como la Comisión de Coordinación deberán pronunciarse (art. 19).

En relación a los efectos de publicidad (42), el Reglamento diferenciaba entre la que se deriva de la inscripción de los Registros Territoriales y la que produce el Registro Central. Este último, a pesar de su nombre, es más bien una oficina de coordinación de la información contenida en todos los registros, y emite una publicidad meramente informativa, frente a la de cada uno de los Registros Territoriales (que existan), que siendo asimismo públicos, dan lugar a una publicidad que está cualificada por la presunción de exactitud de lo inscrito. En este sentido, la publicidad de los Registros Territoriales se articula de la misma manera que preveía el Reglamento de 1991, al tratarse de una inscripción que, según establece la LPI, goza de la presunción de exactitud, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular según lo determinado en los asientos respectivos (art. 130 LPI y art. 27.1 del Reglamento). Como ya ocurría con la anterior regulación para el Registro General, en cuanto a los efectos que se derivan de la inscripción, no puede hablarse de publicidad material, puesto que no goza del principio de fe pública registral, por lo que la inscripción, como medio de protección de la propiedad intelectual, queda tan sólo como un medio privilegiado de prueba, puesto que se presume que el contenido es exacto y que la titularidad es de quien figura como tal en el Registro, sin que se proteja específicamente al tercero que actúa confiando en lo inscrito.

En desarrollo del artículo 130.4 LPI, establecen los artículos 30 y 31 del Reglamento, las normas relativas a la publicidad, que podrá tener lugar mediante certificación del contenido de los asientos y con eficacia probatoria sobre dicho contenido (competencia reservada a los Registros Territoriales); mediante nota simple o acceso informático, con valor simplemente informativo, así como por consulta directa de los asientos si el titular del Registro considera suficientemente asegurada su conservación. Al igual que se hiciera por el Reglamento de 1991, la consulta directa de expedientes queda limitada, según los casos, a la acreditación de interés legítimo o directo, y la publicidad de los programas de ordenador incluye solamente el «nombre o denominación social del solicitante, nombre, nacionalidad y residencia habitual del autor o autores, naturaleza y condiciones del derecho inscrito, título y fecha de publicación» (art. 31).

A fin de garantizar la publicidad del contenido de los Registros, el Reglamento establecía que se debía proceder en todos ellos a la «instalación de un sistema informático compatible que garantice la homogeneidad de los crite-

(42) Es en este sentido, en el que puede sostenerse el «carácter único» del Registro, tal y como se ha señalado anteriormente. Vid. nota núm. 35.

rios de clasificación y consulta y asegure en tiempo real a cada uno de los diversos Registros» (art. 8.2).

B) RÉGIMEN JURÍDICO

En cuanto a la estructura de los Registros, tanto los territoriales como el Central deben ordenar su documentación y «soportes de información» (43) en Secciones, de la misma manera que establecía el Reglamento de 1991. La única novedad respecto este último es que el Reglamento de 1993 añadió una nueva sección décima, relativa a las producciones audiovisuales (art. 7), en el intento de garantizar la protección registral a las nuevas formas emergentes de creación susceptibles de generar propiedad intelectual.

Otra de las novedades del Reglamento de 1993, en relación con su antecedente de 1991, se refiere a los asientos de cancelación, puesto que el Reglamento incluye, a modo de *numerus clausus*, las causas de cancelación de los asientos: a petición del titular del derecho inscrito a condición de que no se vean perjudicados derechos de terceros (44); por desaparición total del objeto que constituya el soporte físico del derecho; por extinción del derecho inscrito; por la declaración de nulidad del título en virtud del cual se ostente el derecho inscrito; por resolución judicial firme, y por vencimiento de los plazos de protección de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 28 del Reglamento de 1993).

Para proceder a la cancelación como, en general, para instar la inscripción o anotación de los actos y contratos por los que se transmiten, modifican o extinguen derechos de propiedad intelectual, el Reglamento determinaba la necesidad de documento público o resolución judicial, a excepción de la anotación de la extinción por vencimiento del plazo de protección conforme a la LPI, que se producirá de oficio; la primera inscripción de las obras, actuaciones y producciones podrá tener lugar mediante la simple solicitud (art. 11).

A diferencia de su antecesor, el Reglamento de 1993 no hace referencia alguna a la inscripción de la hipoteca sobre la propiedad intelectual, ni siquiera para remitirse, como lo hacía el Reglamento de 1991, a la legislación sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, con lo que se genera la duda

(43) Son soportes de información, según el artículo 8 del Reglamento, los «libros, cuerpos o soportes materiales apropiados para recoger y expresar, de modo indubitado y con adecuada garantía jurídica, seguridad de conservación y facilidad de acceso y comprensión, todos los datos que deban constar en el Registro».

(44) Señala PAU PEDRÓN respecto de esta causa, su voluntariedad y abstracción (frente a la inexistencia de la misma en los Registros de «seguridad jurídica»), para la que basta la manifestación de solicitar la cancelación, reflejada en escritura pública y sin expresión de la causa en que se basa la solicitud, a condición de que no se vean perjudicados derechos de terceros. PAU PEDRÓN, ANTONIO, *op. cit. loc.*, pág. 747.

de si dicha hipoteca es inscribible o no, aunque por supuesto, sigue siendo posible su constitución en el Registro de Hipotecas de la Propiedad Intelectual e Industrial previsto por la Ley de 16 diciembre 1954, que regula la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento y que sigue en vigor.

Respecto del procedimiento de inscripción, el Reglamento se adecua a las normas de procedimiento administrativo común establecidas por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en su redacción original). Así, legitimados para solicitar la inscripción en el Registro están los autores y demás titulares originarios de derechos de propiedad intelectual y los sucesivos titulares, por sí o por medio de representantes (art. 12) que podrán presentar las solicitudes en cualquiera de los Registros, tanto territoriales como central (que las remitirán al que sea competente al día siguiente de su presentación) o «en las formas y ante los órganos que prevé la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas» (art. 10).

La fecha de presentación de las solicitudes abre el plazo para la resolución que será de tres meses y el silencio, es negativo, entendiéndose desestimada la solicitud si transcurre el plazo citado sin que se haya dictado resolución. Al presentarse la solicitud, el encargado del Registro debe hacer constar en el documento la fecha, hora y minuto de la presentación que sirve, además del *dies a quo* del plazo de resolución, para establecer la prioridad entre solicitudes.

Los plazos de subsanación de defectos se remiten también a la Ley 30/1992 (45); suspenden el plazo para dictar resolución hasta que se subsane el defecto y de no hacerse se entiende que el interesado ha desistido de su petición y se archiva ésta (art. 18). También quedará suspendido el plazo de resolución en el caso de eventual incompatibilidad entre solicitudes, y «el cómputo del plazo de tres meses se reanudará en la fecha de notificación al Registro Territorial por el Registro Central de la resolución de la Comisión de Coordinación a efectos de la inscripción definitiva por dicho Registro Territorial» (art. 23).

En cuanto a la labor de calificación, ésta corresponde a los funcionarios encargados de cada uno de los Registros Territoriales. A este respecto, PAU PEDRÓN distingue entre una calificación provisional y una calificación definitiva, aunque el Reglamento no utiliza esta terminología. Para el autor, «al documento en que se refleja la calificación provisional, el artículo 18 del Reglamento lo denomina “escrito de requerimiento”: en él han de expresarse los defectos subsanables de que pudiera adolecer el documento, el plazo de subsanación, las consecuencias de que no se proceda a realizarla y la suspensión del plazo para dictar resolución» (46).

(45) La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas establece en su artículo 71 un plazo de diez días ampliable en cinco más para determinados casos.

(46) PAU PEDRÓN, *op. cit. loc.*, pág. 758.

Respecto de la calificación «definitiva», el artículo 21 del Reglamento establece que «el titular del Registro Territorial calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, y resolverá acordando practicar, suspender o denegar la inscripción» (47).

En todo caso, las inscripciones se deberán motivar y notificar a los solicitantes y demás interesados, además de trasladar la resolución al Registro Central dentro de los cinco días siguientes a aquél en que hubiera sido dictada.

De esta manera, queda claro que el Reglamento, siguiendo a la LPI en la versión de la Ley 20/1992, diseña un sistema registral descentralizado, en el que la función registral propiamente dicha la llevan a cabo los Registros Territoriales, cada uno en su ámbito territorial, mientras que el Registro Central se limita a organizar una red de información de ámbito nacional para gestionar la publicidad que se deriva de la inscripción en los Registros Territoriales, y de manera meramente formal, puesto que incluso las funciones de certificación corresponden al registro en que se encuentre inscrito el derecho. Tampoco le corresponde la coordinación de los registros, puesto que esta labor se asigna a la Comisión de Coordinación, encargada de resolver los conflictos que pudieran surgir entre los Registros Territoriales (determinación del registro competente, prioridad entre inscripciones incompatibles).

Con la nueva organización se pretendía establecer un verdadero sistema registral descentralizado en el que cada Registro Territorial llevara a cabo las funciones propias de un registro (inscripción, anotación, cancelación, publicidad). Para garantizar la homogeneidad del sistema se crean mecanismos de resolución de conflictos y un sistema de información a nivel estatal, además de la aplicación del Reglamento único a todos los registros (no hay que olvidar que la competencia de las Comunidades Autónomas en la materia se limita a la ejecución de la legislación estatal).

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar, la aplicación de este Reglamento se vio muy limitada por la tardanza en la puesta en marcha de los Registros Territoriales, determinando la aplicación transitoria del Reglamento de 1991, para las Comunidades Autónomas en las que no se hubiera procedido a la creación de dichos Registros. Durante ese tiempo las competencias de las Comunidades Autónomas en este tema se fueron completando por la vía de la reforma de los Estatutos de Autonomía de aquellas Comunidades que no habían asumido la competencia desde un principio, y por suce-

(47) PAU PEDRÓN critica el tenor de este artículo por considerar que «parece a todas luces evidente que el autor del Reglamento no ha querido dejar al margen de la calificación la forma de los documentos notariales y judiciales a que se refiere el artículo 11, apartado 2, del mismo Reglamento. Sin embargo, al mencionar sólo la solicitud entre los títulos formales objeto de calificación, en el artículo 21, apartado 1, han quedado fuera los *escritos*, en el sentido en que esta expresión se utiliza a lo largo del Reglamento: como títulos que dan lugar a las inscripciones segundas o posteriores».

sivos Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios en materia de ejecución de la propiedad intelectual (48).

A pesar de ello, durante el período de vigencia del Reglamento de 1993 y hasta la entrada en vigor del actual Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, sólo se han establecido diez Registros Territoriales: el de Andalucía, creado por Decreto 48/2002, de 12 de febrero; el de Aragón, por Orden de 5 noviembre de 2001; el de Asturias, por Decreto 138/2001, de 5 de diciembre; el de Cataluña, por Orden 4 de abril de 1996 (49); el de la Comunidad Valenciana, por Orden de 21 de enero de 2002; el de Extremadura, por Orden de 23 de noviembre de 2001; el de Galicia, por Orden de 20 noviembre de 2001; el de Madrid, por Decreto 281/2001, de 20 de diciembre, y el de Murcia, por Orden de 28 de noviembre de 2001, aunque hasta el momento en ninguna de las Comunidades Autónomas en que existen Registros Territoriales se han dictado normas de desarrollo de los mismos.

6. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 2003

Durante el tiempo de vigencia del Reglamento de 1993, la LPI fue objeto de dos reformas: la primera en 1996, por la que se aprueba el Texto Refundido de la LPI (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril) y, después, en 1998, por Ley 5/1998, de 6 de marzo. En ninguno de los casos las reformas afectaron a los artículos que regulan la institución registral que nos ocupa (50).

A pesar de ello, tanto la evolución —gracias a los importantes avances tecnológicos de los últimos años— de las formas de creación susceptibles de generar propiedad intelectual y, por tanto, necesitados de protección, como los importantes cambios operados por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y la heterogénea situación registral en el ámbito de la propiedad intelectual, en el que diez Comunidades Autónomas

(48) Al respecto MARCO MOLINA (*op. cit.*) considera cuestionable la suficiencia del título competencial de ejecución de la legislación del Estado en esta materia, pues con la creación de los Registros Territoriales las Comunidades Autónomas no sólo gestionan, pudiendo además verse afectada otra competencia estatal, la de ordenación de los Registros que el artículo 149.1.8.^a reserva al Estado. La autora parece considerar, en este sentido, que estamos ante Registros jurídicos y no meramente administrativos.

(49) Derogada por Decreto 327/2000, de 10 de octubre, que se refiere al Registro de la Propiedad Intelectual de Cataluña en su artículo 12.

(50) Aunque sí su numeración. Vid. notas 28 a 30.

habían creado sus propios registros mientras que el resto carece de ellas (51), hicieron necesaria la elaboración de un nuevo Reglamento. A esta última razón alude expresamente su Exposición de Motivos que señala cómo «se han ido estableciendo hasta un total de diez Registros Territoriales, lo que obliga a distinguir entre aquellas Comunidades Autónomas que ya han creado el registro y aquellas otras que hasta el momento carecen de él. Para estas últimas y las ciudades de Ceuta y Melilla, resulta necesario prever, transitoriamente, el órgano que va a realizar las funciones registrales con arreglo a un procedimiento unificado; dicho órgano ha de ser el Registro Central, que actuará a estos efectos como el Registro Territorial de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, de las referidas ciudades».

Efectivamente, así lo establecen las Disposiciones Transitorias primera y segunda del Reglamento, que disponen que «la puesta en marcha de los Registros Territoriales tendrá lugar en la fecha establecida en los correspondientes Reales Decretos de traspaso de servicios a las Comunidades Autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla, siendo competentes para conocer de las solicitudes que se presenten a partir de tal fecha (primera). Hasta que se haya hecho efectivo el traspaso de servicios, corresponderá al Registro Central la tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción y anotación, así como, en su caso, la cancelación y práctica de las que procedan» (segunda).

Pero ésta no es la única novedad que presenta el Reglamento respecto de la anterior regulación, puesto que además de tratar de homogeneizar el sistema registral actual, y de prever un sistema transitorio hasta su completa instauración, el nuevo Reglamento ha intentado facilitar el sistema de inscripción desde varias perspectivas: de un lado, ha simplificado las normas de competencia del Registro, puesto que a partir de ahora, el Registro competente es aquél ante el que se presenta la solicitud y, de otro, ha eliminado los requisitos relativos a los documentos necesarios para llevar a cabo la inscripción, ya no es necesario presentar documento público en muchos de los casos.

También se ha adaptado el procedimiento de inscripción a las normas de procedimiento administrativo común y ampliado las posibilidades de interponer recurso en vía administrativa ante la negativa a inscribir, lo cual facilita notablemente la impugnación de decisiones registrales (52).

(51) En estas Comunidades Autónomas y en aplicación transitoria del derogado Reglamento de 1991, seguía siendo competente para la inscripción el Registro Central.

(52) Esperemos que la introducción de la posibilidad de interponer recurso administrativo conduzca a una mayor economía de medios materiales, económicos y procesales, por la menor onerosidad que, en teoría, debe suponer la posibilidad de acudir al recurso administrativo en vez de dirigirse a la jurisdicción civil, siempre, claro está, que no se deba continuar en vía contencioso-administrativa por desestimación del recurso administrativo.

Por último, la nueva regulación busca otorgar protección a las nuevas formas de creación susceptibles de generar propiedad intelectual y, por lo general, especialmente vulnerables como son las bases de datos, las páginas electrónicas y multimedia y otras obras resultantes de la aplicación de las nuevas tecnologías.

A) ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICA DEL REGISTRO

El Reglamento, tras enunciar (sin novedades respecto de la regulación anterior, como es lógico en esta cuestión) que el Registro General de la Propiedad Intelectual tiene por objeto la inscripción o anotación de los derechos relativos a obras, actuaciones o producciones protegidas por la LPI, así como los actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales y cualesquiera otros hechos, actos y títulos que afecten a los derechos inscribibles, reitera el carácter único del mismo (53) y que está integrado por los Registros Territoriales y el Registro Central.

Respecto de los primeros establece que «los Registros Territoriales son creados y gestionados por las Comunidades Autónomas (*sic*) y las ciudades de Ceuta y Melilla», que podrán establecer oficinas delegadas, «a efectos de la recepción de solicitudes, información y comprobación de la documentación exigida, liquidación de tasas y remisión de expedientes al Registro Territorial del que dependan». Serán las propias «Comunidades Autónomas (*sic*) y las ciudades de Ceuta y Melilla» quienes «determinarán la estructura y funcionamiento del Registro Territorial en sus respectivos territorios y asumirán su llevanza, de acuerdo con lo establecido en este reglamento».

El Reglamento ha introducido novedades respecto de la estructura y funciones propias de los órganos integrantes del Registro General de la Propiedad Intelectual. Hay que referirse, en este sentido, al cambio que parece haber operado el Reglamento respecto de la composición del Registro General, el cual, según el tenor literal del artículo 2 del Reglamento de 2003, «es único en todo el territorio nacional y está integrado por los Registros Territoriales y el Registro Central. Asimismo, existirá una Comisión de Coordinación de los Registros como órgano colegiado de colaboración entre estos».

Parece por tanto que, frente a la concepción «heterogénea» del Registro General establecida por el Reglamento de 2003, en cuanto agregado de órganos (el Registro Central, los territoriales y la Comisión de Coordinación), se vuelve a un sistema exclusivamente registral, del que se excluye a la Comi-

(53) Haciendo caso omiso a las objeciones ya presentadas por la doctrina a las versiones del Reglamento de 1991 y 1993, respecto de las cuales ya me he pronunciado. Vid. Notas núms. 35 y 42.

sión de Coordinación, que ahora se configura como un órgano colegiado externo al Registro, con el que colabora. Esto tiene su reflejo cuando el Reglamento atribuye las funciones propias de este órgano de colaboración, puesto que ya no le otorga facultades de resolución de conflictos que puedan plantearse sobre determinación del Registro competente y sobre solicitudes incompatibles, como parte del Registro General, sino que entre las funciones propias de la Comisión el Reglamento de 2003 le atribuye la de «mediar, a petición de las partes, en los conflictos que pudieran suscitarse entre Registros Territoriales, formulando, a estos efectos, propuesta de resolución». Bien es cierto que muchos de estos conflictos han desaparecido por la nueva estructuración de la competencia material y territorial operada por el Reglamento, como veremos, pero, en todo caso, su intervención es ahora «a petición de las partes» y no imperativamente establecida por la norma, en concordancia con el nuevo carácter de órgano externo al Registro General que colabora con el mismo (54).

Junto a esta función de mediación a petición de las partes, el Reglamento atribuye a la Comisión de coordinación otra serie de funciones, algunas de las cuales ya ejercía desde 1993, como proponer a las autoridades competentes (en el momento de aprobación del Reglamento, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte), la adopción de las medidas necesarias para el funcionamiento homogéneo y la coordinación de los registros, puesto que la principal tarea de la Comisión de Coordinación es velar por el mantenimiento de la unidad y homogeneidad del Registro, haciendo efectivo el principio de lealtad institucional (art. 8 del Reglamento), requiriendo a los Registros el cumplimiento de los acuerdos o medidas adoptados en la Comisión de Coordinación de los Registros dirigidos al mejor desenvolvimiento de sus funciones, estableciendo los criterios generales de funcionamiento del sistema informático, a fin de permitir la consulta inmediata de los asientos registrales, determinando los elementos sustantivos que deben contener los modelos de impresos, evacuando las consultas que puedan plantear los registros, informando, con carácter no vinculante, sobre las disposiciones de desarrollo del Reglamento y aprobando la Memoria Anual, evaluando el funcionamiento del registro a través de la emisión de informes.

Excluida la Comisión de Coordinación de funciones puramente registrales, el artículo 3 establece, como ya lo había hecho el anterior Reglamento

(54) En el proyecto de Reglamento sometido a Dictamen del Consejo de Estado (Dictamen núm. de expediente 3420/2002, aprobado el 12 de diciembre de 2002, esta función de mediación se atribuía también al Registro Central, lo que consideraba el Consejo de Estado en su Dictamen como un «solapamiento de funciones [que] no tiene, en principio, una justificación aparente, por lo que deberían deslindarse las competencias de ambos órganos en este punto». Dicha competencia corresponde, finalmente, sólo a la Comisión de Coordinación.

de 1993, a los Registros Territoriales como los verdaderos registros a quienes corresponden las funciones registrales propiamente dichas: «a) la tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción y anotación, así como, en su caso, la cancelación y la práctica de las que procedan. b) La certificación y demás formas de publicidad de los derechos, actos y contratos inscritos en el Registro Territorial respectivo. c) Elevar consultas a la Comisión de Coordinación de los Registros, así como solicitar la inclusión de asuntos en el orden del día de sus sesiones. d) La emisión de informes de carácter técnico cuando sean requeridos para ello por juzgados, tribunales y otros organismos públicos, o sean solicitados por la Comisión de Coordinación de los Registros, dentro del ámbito de sus competencias. e) El archivo y la custodia de los documentos y materiales depositados» (55).

El Reglamento, finalmente, también introduce cambios respecto de las funciones que se atribuyen al Registro Central, que «forma parte de la Administración General del Estado», en su artículo 4, puesto que le otorga las mismas funciones que a los Registros Territoriales, a excepción de la fundamental función registral referente a la tramitación y resolución de solicitudes de inscripción, anotación y cancelación. La nueva regulación sigue así la idea fundamentadora de modelo registral descentralizado, en el que la función registral propiamente dicha es asumida por los Registros Territoriales, mientras que el Registro Central se presenta como el órgano garante de la unidad y homogeneidad del sistema registral, junto con la Comisión de Coordinación de los Registros. Las únicas funciones específicas del Registro Central (y por lo tanto diferentes de las del Registro Territorial) son el «prestar apoyo administrativo y técnico a la Comisión de Coordinación de los Registros» y «redactar la memoria anual del Registro General y elaborar estadísticas conforme a los datos facilitados por los diferentes registros».

La razón de ser de atribuir al Registro Central funciones que parecen propias de los Registros Territoriales, de certificación y publicidad, de archivo y custodia de documentos, de emisión de informes, etc., y de las que

(55) Respecto de esta función considera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que «llama la atención que se atribuya, tanto a los Registros Territoriales como al Registro Central “la emisión de informes de carácter técnico cuando sean requeridos para ello por Juzgados, tribunales...”». El papel normal de cualquier Registro Público con alcance jurídico sustantivo, en relación con la administración de la justicia, es el de proporcionar a través de certificaciones, información sobre el contenido de sus asientos, en relación con los conflictos sometidos a la consideración de los jueces y tribunales. Resulta extraño que, al margen de esa función (que se prevé expresamente en el caso de los Registros Territoriales), se atribuya a los encargados de los registros una función pericial (¿de contenido jurídico?) sobre la Propiedad Intelectual. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El Registro de la Propiedad Intelectual», en *Aranzadi Civil*, núm. 7/2003-8/2003.

carecía hasta ahora (56), puede estar en garantizar que el Registro Central pueda asumir, de manera completa, la competencia de tramitación y resolución de solicitudes de inscripción, anotación y cancelación que la Disposición Transitoria segunda le atribuye hasta que se hagan efectivos los trasposos de servicios a las Comunidades Autónomas que no han creado sus propios Registros Territoriales. Ahora bien, la duda que se puede plantear es cuál sea el límite de estas funciones: si éstas se le atribuyen sólo en relación a la función registral que realice en sustitución de los Registros Territoriales hasta que estos se creen, o si se trata de una función genérica que puede ejercer respecto de los asientos de todos los Registros Territoriales. Esta cuestión tiene especial importancia en cuanto a las funciones de certificación y publicidad, al establecer el reglamento un sistema informático que permitirá la consulta inmediata de los asientos registrales cualquiera que fuese el registro en que se hubiesen practicado las inscripciones [art. 5, apartado 4.d) del Reglamento de 2003].

En relación a los principios rectores del Registro, tal y como quedan dibujados por el nuevo Reglamento, el Registro parece configurarse más que nunca como un sistema de carácter administrativo, puesto que no proporciona una real seguridad jurídica de la que puedan beneficiarse quienes inscriben y consultan el Registro, lo que determina que se trate tan sólo de un sistema privilegiado de prueba, al no otorgar el beneficio de la fe pública registral a quienes adquieren un derecho real derivado de una propiedad previamente inscrita en dicho Registro. Como en las versiones anteriores, el Reglamento configura un Registro que se limita a dar publicidad a tales derechos, gozando lo inscrito de la presunción de exactitud y de la presunción de legitimidad de los titulares a cuyo nombre figuran dichos derechos (principio de legitimidad contenido en el art. 27 del Reglamento de 2003).

Respecto del principio de publicidad, el nuevo reglamento no introduce novedades importantes (salvo la posibilidad de certificación por parte del Registro Central, en los términos que ya hemos analizado), recogiendo casi de la misma manera, las normas relativas a la consulta de asientos y expedientes contenidas en el Reglamento de 1993: por certificación, con eficacia probatoria, del contenido de los asientos; por nota simple; a través de acceso informático, y por acceso directo a los asientos cuando quede suficientemente asegurada la conservación de los mismos (art. 30). Se requiere, como antes,

(56) Recordemos que el Reglamento de 1993 le atribuía como funciones: el diseño y gestión de la red de información del Registro General de la Propiedad Intelectual; la publicidad general, meramente informativa, de los asientos de los Registros Territoriales, la recepción de escritos y solicitudes de las que daba traslado al registro competente, y la emisión de informes, siempre que estuvieran relacionados con las funciones encomendadas al Registro Central (art. 4 del Reglamento de 1993).

acreditación de interés legítimo de los terceros que deseen consultar directamente los expedientes archivados en los registros y de interés directo para la expedición de certificaciones y consulta de documentos relativos al nombre del autor o coautores de obras divulgadas anónimamente o mediante seudónimo (art. 31). Finalmente se limita la publicidad de los programas de ordenador a los elementos de los expedientes que figuren en el asiento registral correspondiente (art. 32).

Sí hay novedades respecto del principio de tracto sucesivo de la inscripción (art. 23), puesto que han desaparecido del Reglamento las reglas relativas a la reanudación del mismo cuando éste se hubiera visto interrumpido (57). Ahora, el artículo 23 del Reglamento determina la simple necesidad de que a la solicitud de inscripción se acompañe el documento acreditativo de la transmisión si el cedente fuese el autor o titular originario o los acreditativos de las transmisiones sucesivas de las que trae causa el derecho cuya inscripción se solicita. Esta relajación de requisitos para inscribir cuando se han producido transmisiones sucesivas de los derechos, hayan tenido o no éstas acceso al registro, se debe a la desaparición del requisito de titulación pública para la inscripción de actos y contratos que transmitan y modifiquen los derechos de propiedad intelectual.

Efectivamente, tras la nueva regulación, no sólo la inscripción de los derechos por el autor o titular originario de los mismos (58) puede hacerse sin necesidad de documento público, sino que éste tampoco es necesario en el caso de transmisión *inter vivos* de dicha titularidad. La transmisión podrá llevarse a cabo acompañando la solicitud de inscripción de copia auténtica de los documentos acreditativos de la transmisión, de copia simple de los mismos con legitimación de firmas efectuada por notario o por funcionario público del registro, o por documento acreditativo de la transmisión firmado tanto por el cedente como por el cesionario y, en su caso, por los cedentes y cesionarios de las transmisiones anteriores. Sin embargo, continúa este artículo 10, «si el cambio de titularidad se produce por una fusión, escisión, resolución administrativa o decisión judicial, deberá acompañarse testimonio emanado por la autoridad pública que emita el documento o copia del documento que pruebe el cambio, autenticada o legitimada por notario o por funcionario público del registro». Además, «en los supuestos de transmisio-

(57) El Reglamento de 1993 lo regulaba, al establecer para la inscripción de actos o contratos de transmisión o extinción de derechos de propiedad intelectual la obligatoriedad de inscripción previa del derecho de la persona que otorgue dichos actos y contratos.

(58) Para la primera inscripción por el autor o titular originarios nunca ha sido necesario documento público, bastaba con presentar los documentos requeridos, según el tipo de obra, normalmente la identificación del titular del derecho y de la obra que se pretende inscribir.

nes *mortis causa* será necesario aportar la escritura pública de adjudicación y aceptación de la herencia, así como acreditar el pago del impuesto correspondiente, su presentación para la liquidación o su exención» (art. 10, apartados 2 y 4).

A pesar de que en la Exposición de Motivos se intenta justificar esta supresión argumentando que «la finalidad de esta novedad procedimental no sólo simplifica y abarata el procedimiento para los titulares de derechos, sino que, además, se alinea con el sistema adoptado por la recientemente aprobada Ley de Marcas», dicha supresión supone la relajación de uno de los pocos elementos que permitía dar una cierta seguridad a lo inscrito. Al respecto, el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto de Reglamento consideraba que «sin el documento público la inscripción difícilmente podría garantizar que el derecho existe y pertenece a su titular y se abriría paso a infinitas contiendas civiles, y no sólo civiles, sino de naturaleza penal».

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Proyecto de Reglamento, aún reconociendo la garantía que supone el documento público, considera que existen buenas razones en apoyo de esta supresión: la rebaja del coste de la inscripción, que había llevado a que las transmisiones de derechos no tuvieran reflejo en el Registro, por un lado y, por otro, que la trascendencia que supone la titulación pública es menor en el Registro General de la Propiedad Intelectual que en otros registros de eficacia constitutiva o que otorguen a los terceros adquirentes la protección de la fe pública registral, pues en el Registro que nos ocupa la titularidad del derecho no depende de la inscripción, ni tampoco los terceros adquirentes gozan del beneficio de la fe pública registral, sino sólo de una presunción *iuris tantum* de exactitud y legitimidad.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que considera esta solución como positiva, critica sin embargo la deficiente técnica legislativa en cuanto que «si se opta por semejante solución, no hay razón para seguir mencionando, como primera alternativa, que la solicitud y la inscripción deban acompañarse de copia auténtica, o de copia simple con legitimación de firma [art. 10.1.a)]. Es obvio que si basta con un documento privado, también se podrá inscribir una transmisión de derechos de explotación recogida en escritura pública. Dentro de este mismo orden de cosas, no se llega a entender que en los supuestos de transmisiones *mortis causa* sea necesario aportar la escritura pública de adjudicación y aceptación de herencia, habida cuenta que semejantes actuaciones pueden realizarse en documento privado» (59).

En el análisis de los principios rectores del Registro, hay que referirse a la introducción que el artículo 8 del Reglamento hace del principio de lealtad

(59) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, pág. 6.

institucional que se impone como criterio de colaboración tanto al Registro Central como a los territoriales en su actuación y relaciones. Establece este artículo 8 que «la colaboración tendrá como fines principales la unidad del registro, la garantía de acceso de todos los ciudadanos al registro en condiciones de igualdad, así como la simplificación, eficacia y eficiencia administrativas. 2. La Comisión de Coordinación de los Registros será el órgano encargado de hacer efectivo el principio de lealtad institucional». Se trata de la introducción del principio que recoge el artículo 4 de la LRJAP (60) para regular las relaciones entre las Administraciones Públicas, que deben actuar y relacionarse entre sí, en todo caso, de acuerdo con este principio. Se trata por tanto de un ejemplo más del alineamiento de la reglamentación registral con la legislación de procedimiento administrativo común, que refleja, a través de su régimen jurídico, la naturaleza cada vez más administrativa de los Registros de Propiedad Intelectual que poco a poco también se alejan de su ejemplo inicial el Registro de Propiedad.

Finalmente, y aunque el Reglamento no se refiere a ello, hay que señalar que a pesar de que continúa tratándose de un sistema de inscripción voluntaria (no ha cambiado, se trata de un sistema de carácter rogado), la inscripción ha pasado a ser obligatoria en el caso de la propiedad intelectual de titularidad de las Administraciones Públicas por imperativo de la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas que, en su artículo 36 establece la obligatoriedad de su inscripción: «Las Administraciones Públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros», todo ello dentro de la genérica obligación de protección del patrimonio que establece el artículo 28 de la misma Ley: «Las Administraciones Públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello».

Aunque está claro que dicha obligatoriedad de inscripción no se refiere a las obras que por transcurso del tiempo han entrado en el dominio público

(60) El artículo 4.1 de la LRJAP establece que «las Administraciones Públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias; b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones; c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias; d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias».

intelectual, esta obligación plantea ciertos problemas, pues, además de los casos en que las Administraciones Públicas sean titulares de estos derechos por sucesión de los bienes de los autores o titulares de derechos de propiedad intelectual *post mortem*, la reciente posibilidad introducida por el nuevo Reglamento de inscribir las páginas electrónicas y bases de datos, hace que se deba plantear si las Administraciones Públicas están obligadas a inscribir las mismas, como titulares de estos formatos y estructuras de información, puesto que en los últimos años se han multiplicado las páginas *web* de las Administraciones Públicas que incluyen información administrativa y bases de datos de legislación, resoluciones administrativas, notas de prensa, etc., lo que supone una cantidad considerable de material, susceptible de generar propiedad intelectual y, que parece puede ser de obligada inscripción (61).

B) RÉGIMEN JURÍDICO

A diferencia de los anteriores Reglamentos de 1991 y 1993, el actual no hace referencia a la organización de los Registros en secciones, aunque parece aceptar la estructuración anterior del Registro, cuando se refiere, en el artículo 14, a los requisitos específicos que debe reunir la solicitud de inscripción según el tipo de obra, siguiendo, casi al pie de la letra, las secciones que había establecido el Reglamento de 1993. Sólo hace referencia, en este sentido, a los soportes de información de los asientos en el Registro que «se practicarán en libros, cuerpos o soportes apropiados para recoger y expresar de modo indubitado, con adecuada garantía jurídica, seguridad de conservación y facilidad de acceso y comprensión, todos los datos que deban constar en el Registro» (art. 7).

Como ya se ha señalado, una de las novedades que aporta el Reglamento que nos ocupa ha sido la de intentar dispensar protección a las nuevas obras surgidas de la evolución tecnológica y susceptibles de generar propiedad intelectual. En este sentido, como principales novedades, aparece la posibilidad de inscripción en el Registro de las bases de datos [art. 13.ñ)] y de las páginas electrónicas y multimedia [art. 13.o)]. MARTÍN VILLAREJO señala la conflictividad que supone el empleo de la expresión «página electrónica» que pudiera inducir a confusión, mientras que el término «página web» está lo suficientemente extendido y normalizado y es una expresión que resulta mucho más cercana al usuario del registro. Al respecto señala, además, la dificultad que supone la inscripción de elementos tecnológicos, como son las páginas web, que son vehículos de transmisión de información y que por

(61) Con los problemas que, además, genera la inscripción de este tipo de obras de naturaleza muy susceptible de cambios, a lo que nos referiremos a continuación.

tanto cambian de manera constante, sin que la protección del registro pueda afectar a los nuevos contenidos de la misma, puesto que el Registro sólo la protegerá de la manera en que se inscribió originariamente. Cuestión que lleva a plantear si lo que se protege con la inscripción son las páginas electrónicas y las bases de datos como formatos originales susceptibles de almacenar y proporcionar información o si, al inscribirlas, se protege además, el contenido que se recoja en las mismas y qué ocurre con las actualizaciones y cambios que en las mismas se produzcan.

Otra de las novedades importantes que presenta el Reglamento en su artículo 13, referida a los requisitos específicos para la inscripción, es la necesidad de aportar en vez de —o además de— un resumen de la obra a proteger, una grabación de la misma «en un soporte cuyo contenido pueda ser examinado por el registro», en el caso de las coreografías y pantomimas [apartado *c*)], las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales [apartado *d*)], las bases de datos [apartado *ñ*)] (62), las actuaciones de artistas-intérpretes o ejecutantes [apartado *p*)], las producciones fonográficas [apartado *q*)] y las producciones de grabaciones audiovisuales [apartado *r*)]; y una copia de la obra a inscribir en el caso de los tebeos y cómics [apartado *h*)], de las producciones editoriales [apartado *t*)] y de las páginas electrónicas y multimedia [apartado *o*)], también en soporte que pueda ser examinado por el registro, aunque en ningún caso defina cuáles de estos soportes que los registros deben manejar para examinar las obras, puesto que el artículo 7 del Reglamento, bajo el título «de los soportes de información» se limita a enunciar que «los asientos se practicarán en libros, cuerpos o soportes apropiados para recoger y expresar de modo indubitado, con adecuada garantía jurídica, seguridad de conservación y facilidad de acceso y comprensión, todos los datos que deban constar en el registro».

Finalmente, en el caso de los programas de ordenador, también se exige la de presentación de la totalidad del código fuente, como ejemplar de la obra, junto con un ejecutable del mismo (63), añadiendo que «cuando la extensión del código fuente o las condiciones de archivo lo hicieran necesario, el registro podrá exigir que dicho código se aporte en CD-ROM u otro soporte diferente [art. 13.*n*) 4.º], siendo ésta la única referencia en todo el artículo a un formato concreto para la presentación de los elementos requeridos para la inscripción.

(62) En este caso la presentación de grabación es opcional, siendo necesarios además de la memoria descriptiva, los criterios sistemáticos y metódicos de ordenación y el sistema y modo de acceso a los datos.

(63) El Reglamento de 1993 establecía como requisitos para la inscripción de un programa de ordenador la presentación de las diez primeras y últimas hojas del código fuente o resumen del manual de uso del programa, salvo para programas inéditos, en cuyo caso se requería la totalidad del código fuente (art. 13.7).

En cuanto al procedimiento para solicitar la inscripción, el Reglamento se remite constantemente a las normas de procedimiento administrativo común establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, como ya lo hiciera el Reglamento de 1993. A diferencia de éste, el Reglamento de 2003 hace referencia a concretos artículos de la dicha ley y no sólo remisiones generales. Si la cuestión de si se trata de un registro administrativo está cada vez más fuera de dudas, por el sistema de protección que dispensa el registro, lo que sí está claro es que en cuanto estructura y organización, se trata de un órgano administrativo (estatal o autonómico, según exista o no Registro Territorial), a cuyo frente se sitúa un funcionario y cuyos procedimientos de inscripción, anotación, cancelación (o denegación de las anteriores) son procedimientos administrativos sometidos por tanto al régimen de la Ley 30/1992.

Las novedades que el Reglamento aporta, a este respecto, se deben fundamentalmente a la adaptación del mismo a la Ley 30/1992, tras la modificación efectuada por la Ley 4/1999, que introdujo importantes novedades respecto de la tramitación y la resolución de los procedimientos administrativos.

Además, el Reglamento de 2003 introduce también ciertas novedades, como la posibilidad de que, junto a los autores y demás titulares de los derechos reconocidos por la LPI, puedan instar la inscripción las personas jurídicas, directamente o a través de representante y en la forma prevista por el artículo 32 de la LRJAP.

Otra de las novedades que presenta el Reglamento está en la determinación del registro competente para practicar la inscripción que, simplificando el sistema anterior, establece que lo será el Registro Territorial de la Comunidad Autónoma en que se presenta la solicitud, esto es, será competente el registro que determine el solicitante, por el mero hecho de la presentación de la solicitud. Dicho registro será competente para las sucesivas inscripciones, salvo que se solicite por el titular de un derecho de propiedad intelectual el traslado de los asientos y expedientes a otro registro, previa audiencia de los restantes titulares, si los hubiera y no manifestasen su oposición (64).

El procedimiento de actuación del registro (Capítulo III del Reglamento) se ajusta a las normas de procedimiento administrativo común y no presenta novedades destacables. Tan sólo, el artículo 20 determina la competencia del registrador para resolver en caso de incompatibilidad entre solicitudes, siguiendo el procedimiento establecido por el artículo y con sujeción en todo caso a la LRJAP.

(64) Este sistema simplifica notablemente la cuestión de la determinación del registro competente, conflicto que, según el Reglamento de 1993, debía resolver la Comisión de Coordinación, y que ahora ha desaparecido de las funciones que le otorga el actual Reglamento.

De nuevo ajustándose a las normas de procedimiento administrativo común, el Reglamento establece, en su artículo 24, como plazo máximo para resolver seis meses desde la fecha de entrada de las solicitudes en el Registro Territorial competente para resolver, lo que el registrador deberá llevar a cabo de forma expresa acordando practicar o denegar la inscripción y notificándolas a los interesados, y estableciendo en qué casos debe motivarse la resolución (además de los que determina la LRJAP en su art. 54).

A pesar de referirse continuamente a las normas de procedimiento administrativo común, el Reglamento no hace mención de las consecuencias jurídicas en caso de que se produzca silencio administrativo, esto es, cuando transcurridos los seis meses de plazo no se haya resuelto expresamente inscribiendo o denegando la inscripción. Puesto que se trata de un procedimiento administrativo, que en todo caso tendrá lugar de conformidad con la LRJAP, habrá que aplicar las normas relativas al silencio administrativo contenidas en ésta y entender que en este caso el silencio por transcurso del plazo para resolver tendrá carácter positivo, esto es, favorable a la inscripción, debiendo procederse entonces a inscribir el derecho, según establece el artículo 43 de la LRJAP (65).

En este alineamiento del procedimiento administrativo de inscripción que lleva a cabo el Reglamento de 2003, hay que hacer finalmente referencia a la novedosa introducción, por el artículo 25, de la posibilidad de interponer recurso administrativo: «contra las resoluciones y los actos de trámite que tengan su fundamento en la aplicación de normas de procedimiento administrativo, los interesados podrán interponer los recursos que correspondan en vía administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992». De esta manera, a la tradicional impugnación por vía civil, que sigue siendo la procedente «contra los acuerdos del titular del registro relativos a la inscripción y fundados en la validez o invalidez de los títulos, en la capacidad de las partes o en la existencia o inexistencia de los derechos inscribibles, así como en cualquier otra cuestión de naturaleza jurídico-privada, se podrán ejercitar, antes la jurisdicción civil y sin necesidad de reclamación administrativa previa, las acciones procedentes de conformidad con lo establecido en el artículo 145.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril».

(65) El artículo 43 de la LRJAP establece que «en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución de la Administración que debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (...)».

A pesar de la introducción de la posibilidad de impugnación administrativa, introducción lógica, al tratarse de un procedimiento de carácter administrativo, cuya resolución, acordando o denegando la inscripción, es dictada por el titular del registro, esto es, por un funcionario de la Administración Territorial de que se trate (o del Estado, si se trata del Registro Central para los casos en que no exista aún Registro Territorial) y no, como ocurría antes, de un Registrador de la Propiedad.

Para determinar si lo que procede es interponer recurso administrativo o acudir directamente a la vía jurisdiccional civil, habrá que atenerse a la motivación que debe de acompañar a la resolución que acuerde o deniegue la inscripción, que según establece el artículo 24 deberá ser motivada: «a) cuando sea denegatoria de la inscripción; b) cuando, siendo favorable a la solicitud, hubieran comparecido en el procedimiento interesados que se oponen a ésta; c) cuando se refieran a solicitudes sobre cuya compatibilidad con otras solicitudes o inscripciones se hubiera planteado cuestión».

Lógicamente, la motivación deberá hacerse conforme al artículo 54 de la LRJAP, «con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho» y en la notificación de la resolución deberá hacerse conforme al artículo 58 de la misma ley, esto es, «deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitiva en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente», por lo que a la vista de la resolución que acuerde o deniegue la inscripción, podrá, en principio, saberse cuál es la vía de impugnación que debe iniciarse.

El artículo 25 del Reglamento, a modo de cierre, establece la procedencia de la vía civil en caso de que la denegación o suspensión (66) acordada por el titular del registro se base simultáneamente en las causas previstas en los apartados 1 y 2, esto es, cuando se trate de motivos tanto procedimentales como de fondo.

Para terminar, y en la línea a la que nos referíamos de un registro que se configura cada vez más como un registro meramente administrativo, hay que referirse de nuevo a la ausencia de referencia a la posibilidad de inscripción de la hipoteca sobre la propiedad intelectual, en la línea ya establecida por el anterior Reglamento de 1993 que tampoco hacía referencia alguna a la misma. El Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de condiciones generales de la contratación, creó en su Disposición Adicional única el nuevo Registro de Bienes Muebles, como

(66) Habrá que entender que también serán susceptibles de impugnación las resoluciones que acuerden la inscripción cuando en el procedimiento haya una parte que se oponga a la misma.

Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, en el que se integra una Sección 4.^a referida a «otras garantías reales», dentro de la cual «se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes» (Disposición Adicional Única, apartado 2), por lo que seguirá siendo de aplicación lo previsto por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Aunque no parece que haya duda sobre la posibilidad de constitución de hipoteca de propiedad intelectual, la relajación en los requisitos para inscribir las transmisiones de dicha propiedad y el hecho de que no se prevea por el Reglamento su inscripción, aumenta la inseguridad jurídica en este ámbito.

LEONOR RAMS RAMOS

Profesora ayudante de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho público I.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 26 de noviembre de 2003. Una primera valoración

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—3. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 2003: 3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 3.2. LA LIBERTAD DE PACTOS Y EL CONTENIDO IMPERATIVO DE LA LEY. 3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL. 3.4. ÁMBITO MATERIAL. 3.5. ÁMBITO TERRITORIAL. 3.6. ÁMBITO TEMPORAL. 3.7. LA RELACIÓN ARRENDATICIA DE LA LEY: A) *Forma y documentación del contrato (art. 11)*. B) *La renta. Capítulo V. Artículos 13 a 16*. C) *Gastos y mejoras (arts. 17 a 21)*. D) *Enajenación, cesión y subarriendo. Artículos 22 y 23*. E) *La terminación del arrendamiento*. 3.8. NORMAS PROCESALES Y ARBITRAJE.—4. LA NUEVA LAR EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN: 4.1. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO. 4.2. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA EXTERNO.

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español con la expresión «arrendamiento rústico» se alude a figuras y funciones diferentes en el tiempo y en el espacio. Por ello es posible encontrar las opiniones más diversas entre la doctrina que se ha ocupado del tema.

El objeto de estas notas es realizar una valoración del significado y función de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003. El debate acerca de la reforma comenzó a primeros de los años noventa. La experiencia histórico-jurídica en la materia proporciona claves de interpretación de la transformación actual, que no puede comprenderse tampoco al margen de la coyuntura y la liberalización del comercio de productos agrarios y la globalización. Por ello, una primera aproximación crítica a la nueva norma puede hacerse ya a partir de los datos historiográficos y estadísticos de que disponemos (*).

(*) Con mayor detenimiento se trata el tema en *Comentarios a la LAR*, editados por Aranzadi, coordinados por M. PASQUAU LIAÑO y de los que he sido colaborador.

Ahora bien, el arrendamiento rústico no puede comprenderse al margen de los avatares del capitalismo y las transformaciones que en el imaginario y en las instituciones se han producido al menos en los últimos doscientos años, y de modo particular en los últimos veinte años, en los que se lleva a cabo el desmantelamiento «controlado» del Estado del Bienestar en los países de la UE y se reafirma el pseudoliberalismo en el Tratado para instituir la Constitución Europea.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como antecedente histórico más señalado de la LAR 2003, en cuanto ley especial, debe considerarse la LAR de 1935 promulgada en el llamado «Bienio Negro» de la II República. Sin embargo, hay razones para considerar como antecedente remoto el Decreto de 8 de junio de 1813 de las Cortes de Cádiz.

Con el Decreto de 1813 se estableció en España, en época de plena reforma liberal, la más amplia libertad de pactos en materia de arrendamientos, en estrecha conexión con el principio de libertad de la propiedad que sancionaba el artículo 4 de la Constitución de 1812. Ahora bien, la libertad contractual no fue acompañada de una privatización y unificación de la propiedad de la tierra hasta bien entrado el siglo, y hay que tener en cuenta el peso de la tradición y la costumbre, dada su importancia en el sistema de fuentes y en la experiencia jurídica de todo el siglo XIX en España.

En realidad está por realizar un estudio histórico-jurídico de las distintas figuras de establecimiento agrario y el papel que desempeñaba en la práctica el arrendamiento a término como contrato de cambio. Nos consta que la variedad de figuras era grande y que en algunas regiones como Galicia o Cataluña los establecimientos agrarios más importantes (foros y «rabassas») no respondían al esquema del contrato de arrendamiento recibido de la tradición romanista y de las Partidas. Ha de tenerse en cuenta la importancia de los censos y las distintas formas de aparcería en muchas comarcas y regiones. Por el contrario, el arrendamiento a término era la figura dominante en Castilla y Andalucía durante el siglo XIX, dos de las regiones más importantes desde el punto de vista agrario. Pero la práctica del subarriendo por parte de grandes arrendatarios era común como forma de explotar mano de obra de pequeños cultivadores, o bien la práctica de los grandes propietarios (antiguos nobles) de arrendar a múltiples arrendatarios pequeños sus fincas repartidas en muchas provincias y pueblos. Dicho en otras palabras, el arrendamiento se desenvolvía en espacios de alta concentración de la propiedad de la tierra en los que la práctica del subarriendo lo desfiguraba, con la finalidad de desplazar los riesgos a los cultivadores.

En 1889 se promulga el Código Civil, último de los códigos, que en cierto modo completa la reforma del orden jurídico liberal, cuando éste ya conoce su primera crisis importante. El Código Civil no regula, en realidad, los arrendamientos rústicos como contrato diferenciado. Siguiendo la tradición romanista dedica el Título VI del Libro IV a los arrendamientos en general: de cosas, obras y servicios. El Capítulo segundo del citado Título se dedica a los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, y sólo la Sección 3.^a contiene unas pocas disposiciones especiales sobre los arrendamientos de predios rústicos (arts. 1.575 a 1.579), que recogen fundamentalmente la cláusula de arrendamiento a riesgo y ventura del arrendatario, apartándose de la tradición de las Partidas.

El Código Civil nunca usa la palabra agricultor o cultivador, y siempre hace referencia a la cosa, no al fundo rústico. Es decir, el Código Civil español no regula el arrendamiento de cosas en cuanto productivas, ni toma como referencia la actividad y explotación agrícola, sino los actos de goce y disfrute de la cosa. La finalidad concreta y el aspecto económico-material de la relación arrendaticia es cosa de las partes. La función del contrato es remover el límite de la propiedad privada y realizar el valor en renta de la propiedad. En otras palabras, el arrendamiento a término, como contrato de cambio a riesgo y ventura del arrendatario se presenta como la figura más idónea para el desarrollo de la agricultura y la movilidad del mercado de tierras. Todo ello acorde con los principios de un orden jurídico-mercantil que el propio Código Civil acaba de consolidar.

No obstante, la figura del arrendamiento seguía acompañada todavía en muchas regiones de foros, «rabassas», censos enfiteúticos y distintas formas de aparcería. Y si bien el Código Civil establecía el principio general de redención de cargas y gravámenes para la propiedad individual (art. 1.608), relegó a una ley especial la solución de los conflictos que suscitaban los foros en Galicia y las «rabassas» en Cataluña (art. 1.611). El largo Título VII del Código Civil dedicado a los censos en realidad sirve (sirvió) para encubrir la falta de voluntad política para abordar los conflictos entre cultivadores y perceptores de cánones y rentas.

En fin, no puede olvidarse que el Código Civil no es en España un código unitario, ya que en la Ley de Bases se reconoció de forma expresa el respeto por los derechos propios de las provincias forales. De forma que la variedad de establecimientos agrarios y de diferentes sistemas de derecho sucesorio y organización patrimonial de la familia subsistieron y subsisten hoy en España: en Galicia, Vizcaya, Guipúzcoa, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares, Valencia y algunas comarcas más de Extremadura y León.

El arrendamiento a término no siempre y en cualquier circunstancia es la figura más adecuada para el desarrollo de la agricultura y la composición de intereses en juego en una sociedad moderna en la que se ha instituido el

mercado de tierras, trabajo y capitales como regulador general de los intercambios. Sin embargo, va a ser la figura en la que se van a centrar las críticas y las propuestas de reforma a lo largo de todo el siglo xx, lo que no es casual, ya que el arrendamiento a término y precio cierto es la figura contractual típica de la agricultura capitalista.

Las razones por las que se desarrolla la crítica y se exige un tratamiento específico para los arrendamientos rústicos al poco tiempo de la promulgación del Código Civil son bastante conocidas: la crítica al voluntarismo e individualismo jurídico desde posiciones socializantes del derecho, la crisis agraria de finales del xix, que afectó duramente a países como España, el incremento de la conflictividad en los campos y la exigencia de reconocimiento del valor del trabajo y la protección de los cultivadores frente al desahucio y los riesgos. En suma, las exigencias que plantea en una sociedad industrial el trabajo y el capital con respecto a la propiedad privada y la renta de la tierra. Son tantos los factores que no es posible encontrar un juicio compartido sobre la relevancia de cada uno de ellos, al mismo tiempo que permiten comprender las diferencias de unos países a otros y de unas regiones a otras dentro de cada país.

Uno de los más importantes comentaristas del Código Civil español, Q. M. SCAEVOLA, formulaba en 1915 una propuesta: *el arrendamiento, derecho real, garantido contra terceros en caso de enajenación, por largo plazo, transmisible por sucesión directa, convertible en dominio pleno por el transcurso de cierto número de años, mediante la aplicación de parte del canon a la capitalización y pago de su valor, sujeto a retracts y reducción de la renta en todos los casos fortuitos no dependientes de la voluntad del llevador, y garantido con la indemnización de todas las mejoras culturales que hayan cedido en aumento de valor o producción del mismo.*

Pues bien, con matices, la propuesta de SCAEVOLA se irá realizando en la legislación especial de arrendamientos a lo largo del siglo xx, desde las primeras leyes promulgadas en los años veinte, pasando por la LAR de 1935 y terminando con la LAR de 1980. No es cuestión de detenerse en unas notas como estas a realizar una exposición y valoración detenida de la experiencia jurídica de todo el siglo xx, sino sólo llamar la atención en aspectos fundamentales que tienen importancia en el largo plazo, o bien en acontecimientos que suponen un punto de inflexión en las transformaciones de la relación arrendaticia.

Lo primero y fundamental a tener en cuenta es que en una sociedad moderna la moneda ejerce e impone sus razones a la tierra, muchas veces en alianza con el trabajo, y esa exigencia se manifiesta ya en la gran transformación jurídico-política que producen las grandes revoluciones de finales del xviii. Pero la propiedad privada libre e individual de la tierra, una vez reconocida y generalizada, plantea problemas al desarrollo de una so-

ciudad industrial y una agricultura capitalista, y serios problemas en relación con el derecho a la existencia y la tutela de los cultivadores no propietarios. Tal cosa se puso de manifiesto muy pronto en Inglaterra y también en Francia.

A finales del XIX un gran jurista, GIERKE, dijo: «la propiedad obliga». En particular la propiedad de la tierra. Y si el propietario no cultiva y cede la tierra, la renta constituye un obstáculo para la mejor capitalización de la agricultura, y vienen a menos las razones de tutela si se entiende que el fundamento de la propiedad reside en el trabajo, como admitía hasta el mismo LOCKE. La renta remunera sólo un título de propiedad, y las razones del trabajo y del capital se hacen valer contra la renta de la tierra. Además, la estructura profundamente desigual de las explotaciones agrícolas y las características específicas del proceso productivo y del mercado de productos agrícolas permiten comprender que en una sociedad industrial moderna: *no se puede dejar de intervenir y gobernar las relaciones agrarias de producción e intercambio, pero no se debe intervenir más allá de ciertos límites: la garantía de la propiedad privada como institución y al mismo tiempo el reconocimiento del poder de empresa y el valor del trabajo*. Esos límites se traspasaron en los países del Este e incluso, en parte, en países como México, pero son los límites que establecen las Constituciones de la posguerra en los países occidentales y dentro de los que se mueven las leyes especiales de arrendamiento rústico.

Prácticamente en todos los ordenamientos de los países europeo-occidentales se han promulgado leyes especiales de arrendamientos rústicos tendentes a remover o mitigar los obstáculos que presenta la propiedad privada de la tierra, en particular cuando los propietarios no cultivan. Y por ello la legislación sobre arrendamientos se muestra como un observatorio privilegiado para analizar las transformaciones jurídico-políticas del siglo XX.

Más en concreto, los acontecimientos más importantes que hay que tener en cuenta para comprender las relaciones arrendaticias en España, de forma muy breve, son los siguientes:

Uno. La LAR de 1935 se realizó a instancias de un ministro social-cristiano (JIMÉNEZ FERNÁNDEZ) que tuvo grandes dificultades para que fuera aceptada por la mayoría conservadora en las Cortes y en el Gobierno, pero en los años treinta España habría tenido de todos modos una Ley de Arrendamientos Rústicos especial, por la sencilla razón de que la oligarquía terrateniente ya no contaba ni con la fuerza socio-política, ni con la cultura jurídica dominante, ni con los resortes del poder económico y administrativo. Se evitó y se frustró la reforma agraria republicana de reparto de la propiedad de la tierra porque la oligarquía financiera interna y los centros de decisión de poder en el exterior decidieron apoyar la sublevación armada de los militares, pero tras la Guerra Civil se mantuvo en vigor, con modificaciones, la LAR de 1935,

ley que ya recoge gran parte de las propuestas de reforma del arrendamiento rústico de forma completa.

Ahora bien, ni la LAR de 1935 ni las posteriores de los años cuarenta y cincuenta han regulado el arrendamiento como contrato «para la empresa agraria». La legislación arrendaticia especial durante la mayor parte de la Dictadura fue un instrumento más de colonización y gobierno de relaciones agrarias, que buscaba la tutela y estabilidad de los cultivadores personales y remover en parte los obstáculos de la renta de la tierra. Fue la explotación de los trabajadores asalariados y las medidas de apoyo a la propiedad en general (grandes obras, regadíos, casi nula imposición fiscal) lo que propició el proceso de acumulación en el sector agrario. El profesor Cossío denunció el uso de la figura del arrendamiento como instrumento de reforma de estructuras agrarias y las medidas incoherentes de tutela de los pequeños cultivadores, tales como las sucesivas prórrogas y el contradictorio derecho de acceso a la propiedad.

Dos. Durante los años sesenta, tras un cambio de rumbo en la política económica en general y agraria en particular, gracias a las remesas de divisas de los emigrantes, a las inversiones extranjeras en un país casi virgen y a la propia acumulación interna de capital, la agricultura en España comienza a «industrializarse», a mecanizarse y a capitalizarse, conociendo ya otros problemas distintos de los tradicionales. Ahora bien, junto a una agricultura capitalista pujante, subsisten cientos de miles de muy pequeñas explotaciones, cientos de miles de jornaleros sin tierra y sin trabajo la mayor parte del año y, por ello, subsisten problemas de reforma agraria en relación con la propiedad de la tierra. Pero la función fundamental de la legislación especial sobre arrendamientos sigue siendo la de estabilizar a los pequeños arrendatarios (mediante sucesivas prórrogas), gobernar el éxodo rural (intentando fijarlos a la tierra) y reducir los costes de producción agrarios aunque de forma contradictoria. En suma: no una agricultura, sino varias agriculturas, con una estructura socio-económica desigual, lo que de alguna manera se manifiesta y al mismo tiempo reproducen las leyes de arrendamientos al diferenciar entre arrendatarios y su diferente grado de protección. Y se manifiesta también en la importancia que siguen teniendo las aparcerías aunque en muchas ocasiones encubren relaciones laborales.

La profunda desigualdad estructural de las explotaciones agrícolas en España se remonta al siglo xvi y subsiste aún cuando se aborda la reforma de los arrendamientos en 1980. Esto pone de manifiesto que el arrendamiento, ya sea en su configuración liberal, ya sea en la legislación especial, no influye en la estructura de las explotaciones de forma importante, a no ser que vaya acompañado de otras medidas de reforma agraria. Desde finales de los sesenta ya se reclamaba una reforma de la legislación sobre arrendamientos, poniendo énfasis en el arrendatario como empresario, pero tal cosa no pudo realizarse hasta el cambio de régimen jurídico-político.

Tres. La LAR de 1980, de aplicación a todo el territorio nacional (igual que las anteriores), con alguna excepción (Galicia), se promulga después de un acuerdo amplio de todas las fuerzas sociales y políticas ya bajo la vigencia de la Constitución de 1978. Fruto de un amplio consenso, la ley no terminaba de agradar a nadie del todo y con el correr de los años ha sido objeto de críticas cada vez más aceradas. La LAR de 1980 es un producto típico del «pacto socialdemócrata» que presenta obviamente peculiaridades nacionales y regionales dentro de España. Quizá por vez primera se puede hablar en el ordenamiento español de la construcción legal del arrendamiento rústico como contrato para la empresa. Y así lo pone de manifiesto la centralidad de la figura del profesional de la agricultura, el reconocimiento expreso del poder de dirección y gestión de la explotación (facultad para decidir y variar el tipo de cultivo). Así lo pone de manifiesto la regulación sobre la renta y las mejoras, y tal cosa no queda desmentida por el importante papel del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario o el equivalente en las Comunidades Autónomas. La LAR del 80 también es la más completa en cuanto a reconocimiento de derechos de prelación o adquisición preferente a favor del arrendatario, y establece un plazo de duración del contrato que puede llegar a los 21 años en general. Como ya era tradicional, la ley regula también las aparcerías y otras figuras específicas como los arrendamientos parciarios.

Pero una ley de arrendamientos especial como la LAR de 1980 choca con la diversidad y desigualdad existente en las estructuras agrarias y no hace las cuentas en serio con las aparcerías. La LAR es una norma muy contradictoria en un tiempo en el que el problema fundamental ya no es la concentración de la propiedad de la tierra, sino la concentración de capital en la agricultura, y las grandes dificultades por las que atraviesan la mitad de la explotaciones de tipo familiar y la agricultura de grupo que no acaba de despegar en España.

No disponemos aún de estudios que confirmen o desmientan ciertas apreciaciones que se han hecho con respecto a la Ley de 1980, en el sentido de su proteccionismo excesivo a favor de los arrendatarios y de la rigidez de su disciplina, lo que provocaría un retraimiento en el mercado de tierras así como la proliferación de prácticas fraudulentas. Seguramente algo de cierto hay en esas apreciaciones, pero también hay que tener en cuenta que la finalidad de la ley era la formación o consolidación de empresarios agrarios, titulares de explotaciones familiares principalmente, aunque bajo su ámbito caen también los arrendamientos de pequeñas parcelas a agricultores a tiempo parcial o que no son empresarios agrícolas. Y claro es que una ley de esas características se muestra poco adecuada a las estructuras agrarias existentes en España, cosa que no es la primera vez que ha sucedido.

En 1995 se produjo una reforma parcial de la ley, en el sentido de perfilar la figura del profesional de la agricultura como agricultor a título principal,

y de reducir el tiempo de duración del contrato y suprimir el derecho a prórroga del arrendatario. La reforma del 95 se lleva a cabo en el seno de la ley agraria más importante de los años noventa en España: la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en la que se sienten ya los vientos de liberalización.

Desde la LMEA de 1995 se han constituido en España unas 80.000 explotaciones agrarias prioritarias y se ha incrementado la superficie en arrendamiento en 2,5 millones de hectáreas, al mismo tiempo que ha disminuido la población activa dedicada al sector agrario y se ha reducido mucho el número total de explotaciones. La mayor parte de los agraristas han valorado positivamente la Ley del 95, pero ya había entonces quien proponía una reforma «a fondo» del modelo legal de arrendamiento rústico, y es lo que ha hecho la LAR de 2003 que vamos a estudiar a continuación.

3. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 2003

3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Según la EM, el objetivo fundamental que se propone la ley es *la mejora de la competitividad y la consolidación de explotaciones agrícolas viables*. La nueva norma pretende sentar las condiciones jurídicas para que el arrendamiento se convierta en un instrumento fundamental de reforma de estructuras, aprovechando una coyuntura muy particular: la próxima jubilación de cientos de miles de titulares de explotaciones y la presumible puesta a disposición en el mercado de buena parte de los 4,5 millones de hectáreas correspondientes a esas explotaciones. Por ello, la vía para alcanzar el objetivo consiste en la liberalización del mercado de tierras, con el consiguiente desmantelamiento de la legislación anterior. Como ha señalado en su Dictamen el Consejo de Estado, la nueva Ley sirve a la mayor circulación y optimización de recursos inmobiliarios rústicos, vinculando las explotaciones a las rápidas y continuas alteraciones de rumbo de la PAC, propiciadas por un entorno cambiante con mercados internacionales extremadamente competitivos.

3.2. LA LIBERTAD DE PACTOS Y EL CONTENIDO IMPERATIVO DE LA LEY

Los contratos de arrendamiento de fincas rústicas se regirán por lo expresamente pactado por las partes, siempre que no se oponga a la presente Ley. Supletoriamente regirá el Código Civil y en su defecto los usos y costumbres que sean aplicables (art. 1.2).

El contenido imperativo indisponible de la ley es mínimo. A) La duración mínima es de tres años (art. 12.1). B) La facultad para determinar el tipo de cultivo corresponde al arrendatario (art. 8.1).

Los contratos de arrendamiento de explotación agrícola se regirán por lo expresamente acordado por las partes y por las disposiciones de la ley que sean compatibles con su naturaleza y siempre en defecto de lo que las partes hayan acordado. El mínimo indisponible en este caso hace referencia a la duración de tres años (art. 8.1) y a la facultad de gestión del arrendatario en el ejercicio de su actividad empresarial, si bien, según contrato (art. 8.3).

La más amplia libertad de pactos rige para las aparcerías (art. 29) y para la aparcería asociativa, aunque «cada contrato es lo que es», cosa que tiene en cuenta el legislador en materia de aparcerías cuando encubren una relación laboral, y ha de tener en cuenta el intérprete a la hora de calificar los supuestos y determinar los límites a la autonomía privada.

3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

Pueden ser arrendatarios y arrendadores toda clase de personas físicas y jurídicas. Incluso se reconoce capacidad a las comunidades de bienes. Se exige la capacidad para contratar según el derecho común o la exigida a las personas jurídicas según sus estatutos (art. 9).

En cuanto a los arrendatarios extranjeros sólo quedan excluidos las personas que no sean residentes permanentes o las personas de los Estados que no apliquen a los españoles el principio de reciprocidad.

En suma, la nueva ley acaba con las figuras del cultivador personal y el profesional de la agricultura que han protagonizado las leyes de arrendamientos durante casi todo el siglo xx, y se desentiende de la protección de la explotación familiar y jóvenes agricultores.

3.4. ÁMBITO MATERIAL

Ya hemos adelantado que la Ley contempla los arrendamientos de fincas rústicas, los arrendamientos de explotaciones agrícolas, las aparcerías y las aparcerías asociativas. El supuesto de la Disposición Adicional primera no es un arrendamiento *ad meliorandum*, sino que recoge la facultad de las partes para pactar que la renta consista en la mejora o en la transformación a realizar.

Los derechos y cuotas de producción podrán integrarse en el contrato según pacto, y a salvo de lo dispuesto en el derecho interno o comunitario (art. 3).

En todos los supuestos, la referencia jurídico-material es a los aprovechamientos principales de las fincas rústicas, lo que exige delimitar con cuidado el concepto de finca rústica en relación con la actividad agraria principal. Algo que puede suscitar algunas dudas en el arrendamiento de pastos a la hora de calificarlo como aprovechamiento principal.

La Ley permite que sobre una misma finca puedan realizarse dos o más contratos simultáneos de arrendamiento, siempre y cuando se hagan sobre distintos aprovechamientos principales (agrícola, ganadero y forestal) y sean compatibles. Salvo pacto expreso, el aprovechamiento de caza no queda incluido (art. 5).

La Ley delimita con cierto detalle su ámbito de aplicación, aunque no siempre lo hace con buena técnica.

En el artículo 5 alude a supuestos que no se consideran arrendamientos, por lo que realmente sobra, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1 y 2.

Más interés tiene el artículo 6 dedicado a los arrendamientos excluidos, que en rigor sobra también si se hubiese precisado un poco mejor el concepto legal. Hay arrendamiento rústico especial cuando se ceden las fincas o explotaciones para ejercer una actividad agraria principal, y esto ya está dicho en los artículos 1, 2 y 4. Sin embargo, la Ley establece una serie de excepciones, bien porque la finalidad del contrato no sea la cesión para una actividad agraria principal, bien porque el arrendamiento sea para un aprovechamiento puntual de temporada o de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario, o bien de fincas con un régimen especial (art. 6).

Por último, en el artículo 7 se alude a supuestos de inaplicación que, en general, también resultan obvios, ya que alude al arrendamiento de fincas urbanas, o que constituyan suelo urbanizable según las leyes y planes de urbanismo, o bien sean fincas accesorias cuyo aprovechamiento principal no sea el agrario.

Para concluir este apartado hay que señalar que el arrendamiento de invernaderos queda excluido de la ley aunque no se contemple la excepción de forma expresa. Así debe interpretarse, no sólo porque la ley tiene como referente fundamental el ejercicio de la actividad agraria en fincas rústicas, sino porque de una interpretación de conjunto y sistemática se desprende que sus reglas no tienen mucho sentido en un arrendamiento de invernadero y su economía. Las explotaciones ganaderas de tipo industrial sí están expresamente excluidas [art. 6.4.d)], aunque su delimitación precisa también puede plantear problemas.

3.5. ÁMBITO TERRITORIAL

La Ley es de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil Foral o Especial (Disposición Final segunda). La Ley, como no puede ser menos, salva la competencia de las Comunidades Autónomas con derecho propio de forma expresa, aunque tampoco esto era necesario. En todo caso, sólo Galicia dispone hoy de una Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que en Navarra se han recibido las leyes especiales de ámbito estatal, y en otras comunidades no se han promulgado (salvo error) leyes especiales completas sobre arrendamientos rústicos, sino sobre arrendamientos históricos, como en la Comunidad Valenciana o en la propia Galicia.

3.6. ÁMBITO TEMPORAL

La ley entró en vigor el día 27 de mayo de 2004 (Disposición Final tercera), y deroga expresamente la LAR de 1980, el artículo 28 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias y la Ley 1/87, sobre prórroga de determinados contratos de arrendamientos y acceso a la propiedad, así como el Real Decreto que organizaba el Registro especial de Arrendamientos, la Orden sobre contratos tipo y las Órdenes sobre las Juntas Arbitrales de arrendamientos rústicos.

La DT 1.^a declara la irretroactividad total de la ley con respecto a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, declaración innecesaria, como dice algún comentarista, en buena técnica legislativa, ya que el Código Civil establece el principio general de irretroactividad. Pero es que en el Proyecto del Gobierno sí se contemplaba algún grado de retroactividad, de ahí que la cuestión preocupara especialmente.

3.7. LA RELACIÓN ARRENDATICIA EN LA LEY

A) *Forma y documentación del contrato (art. 11)*

El Código Civil establece el principio de libertad de forma y no se exige ninguna forma especial como requisito de validez del contrato. Por ello, aunque la ley diga que los contratos deberán constar por escrito (art. 8), la plasmación del acuerdo en documento privado no ha de considerarse como requisito de validez. La regla ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.278 a 1.280 del Código Civil. La Ley llama la atención

acerca de la importancia de la documentación del contrato a efectos de prueba o fijación de su contenido, pero el principio que sigue la LAR es la libertad de forma, siguiendo lo dispuesto en el Código Civil.

La Ley faculta a las partes para compelerse recíprocamente a la formalización del acuerdo en documento público así como para la constitución del inventario.

En el arrendamiento de explotación el inventario puede realizarse después de la celebración del contrato, aunque ello pueda plantear algún problema, como se ha puesto de manifiesto en el arrendamiento de industria.

B) *La renta. Capítulo V. Artículos 13 a 16*

Apenas hay cosas dignas de resaltar más allá del principio de libertad de pactos extensible a las cláusulas de estabilización. Por tanto, se ha producido un cambio de importancia con respecto a la LAR de 1980 en esta materia, aunque hay que tener en cuenta que el Capítulo VI, dedicado a gastos y mejoras, también hace referencias a la renta, por ejemplo, en los artículos 18 y 19, supuestos de reducción y revalorización proporcional de renta relacionados con la capacidad productiva de la finca.

C) *Gastos y mejoras (arts. 17 a 21)*

En este apartado también se han producido importantes modificaciones con respecto a la Ley anterior, no sólo porque ahora se establece una duración menor, sino también porque se ha cambiado el sentido y función de las mejoras y la composición de intereses que hace la ley en defecto de pacto. La terminología legal no es muy precisa y afortunada, ya que intercambia los conceptos (gastos, mejoras, inversiones con obras) y utiliza el mismo concepto mejoras para designar cosas distintas.

Interesa resaltar la preocupación del legislador por la modernización de los regadíos hasta el punto de que los recoge primero en el artículo 19 como «otros gastos a cargo del arrendador», y después en el artículo 20 como mejora de regadío que sea propia del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad. El arrendatario habrá de acometer la obra incluso por acuerdo firme de una Comunidad de Regantes, y sin tener derecho por ello a una rebaja de la renta. En realidad no es fácil saber en todo caso cuándo las obras de modernización de regadío son de cuenta del arrendador y cuándo del arrendatario, y la compleja relación del asunto con las competencias de la Administración de Aguas, las Comunidades de regantes o las empresas que realizan obras de modernización.

La Ley presume que las mejoras hechas durante el arrendamiento lo han sido por el arrendatario (art. 20.3). Pero junto a las «mejoras» del artículo 20, la ley alude en el artículo 21 a las «mejoras útiles y voluntarias» de cualquier naturaleza que sean, que se rigen por lo pactado por las partes o en su defecto por lo dispuesto en el Código Civil para el poseedor de buena fe. Este es otro ejemplo de empeoramiento no sólo en el rigor conceptual y en la técnica legislativa, sino también en lo que se refiere al tratamiento jurídico que recibe el arrendatario que realice mejoras útiles. Según el Código Civil, el arrendador podrá optar entre satisfacer su importe o abonar el aumento de valor que por ello haya adquirido la cosa. En realidad, después de leer atentamente el artículo 20, relativo a reparaciones, mejoras e inversiones propias del empresario, no se sabe bien a qué supuestos puede referirse el artículo 21 que presenten alguna relevancia desde el punto de vista agrario.

D) *Enajenación, cesión y subarriendo. Artículos 22 y 23*

La ley ampara al arrendatario en el goce y disfrute de la finca durante todo el tiempo de la duración mínima del contrato o de la prórroga tácita que esté en curso (art. 22). Por tanto, los adquirentes de la finca se subrogan en la posición jurídica del arrendador. La posesión y la ley operan como dispositivos de publicidad del derecho del arrendatario, por lo que no es muy acertado decir que el arrendamiento actúa en el tráfico como un gravamen oculto.

En cuanto a la cesión y el subarriendo también se rigen por lo dispuesto por las partes dentro de unos límites que señala el artículo 22: que sean por la totalidad de la finca o explotación; por todo el tiempo que reste y por una renta no superior a la pactada entre arrendador y arrendatario. En la práctica este precepto o será defraudado o bien actuará como impedimento a cesiones y subarriendos, que no serán habituales, teniendo en cuenta el plazo de duración tan corto, aunque nada excluye los pactos y la tácita reconducción.

E) *La terminación del arrendamiento*

La ley distingue: a) supuestos de terminación en general; b) supuestos de resolución, y c) supuestos de rescisión.

Entre los primeros merece destacarse la facultad de desistimiento unilateral del arrendatario al término del año agrícola, notificándoselo con un año de antelación al arrendador [art. 24.d)].

En los supuestos de resolución planteará algunos problemas la calificación del supuesto de «incumplimiento grave de la obligación de mejora o

transformación», puesto que se emplea una terminología un tanto obsoleta en materia de incumplimiento, que además presenta peculiaridades en materia agraria. Sin embargo, la ley contempla como justificado el supuesto de no explotación o incluso el cambio de destino de la finca cuando sea en cumplimiento de programas y planes cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación del derecho interno o comunitario. Se trata de una regla de coyuntura, que deja otros supuestos importantes fuera y que tampoco es muy afortunada.

Por último, en otro ejemplo de uso «alegre» de las palabras, la ley denomina rescisión a los supuestos de incumplimiento por cualquiera de las partes de la obligación de satisfacer gastos de conservación y mejoras.

En cualquier caso hay que subrayar que ya no puede hablarse de *numerus clausus* de causas de terminación del arrendamiento, tanto por lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley con carácter general, como por lo que se desprende del artículo 24.h) o del artículo 25.2.

3.8. NORMAS PROCESALES Y ARBITRAJE

La competencia para resolver los litigios que se presenten con respecto a la aplicación de la LAR corresponde a los juzgados y tribunales del orden civil (art. 33) en relación con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que establece como regla general para los arrendamientos el juicio ordinario, salvo los supuestos de falta de pago de la renta o cantidades asimiladas a ella y la terminación por extinción del plazo que se tramitan por las normas del juicio verbal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33, las partes podrán someterse al arbitraje en los términos previstos por la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003.

4. LA NUEVA LAR EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

4.1. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO

El Consejo de Estado aplaudió el Proyecto de Ley porque se inspira en principios considerados de validez eterna: la autonomía de la voluntad y libertad de la propiedad, sin olvidar la tutela de la empresa. Una ley que vuelve al derecho común. Una ley clara y flexible, con pocas disposiciones, no como las que se suelen hacer en estos tiempos.

Y la verdad es que en una primera lectura sorprende gratamente al jurista encontrarse con un texto como el de la LAR con poco más de treinta artícu-

los, hasta el punto de que algunos capítulos sólo contienen un artículo. Para algunos agraristas como LUNA SERRANO, la reforma de los arrendamientos rústicos debió consistir, pura y llanamente, en su desaparición como figura especial típica y legal, realizando las modificaciones oportunas en el Código Civil de 1889.

Pero la primera impresión va desapareciendo poco a poco, a medida que se relee el texto y se profundiza en el mismo, algo para lo que el Consejo de Estado no tuvo mucho tiempo. La Ley es compleja en su entendimiento porque introduce un orden jurídico nuevo, figuras nuevas que no conocen aún tratamiento jurisprudencial, así como gran cantidad de remisiones al Código Civil, a las leyes especiales, al derecho comunitario, a los usos y las costumbres. De manera que puede afirmarse sin exageración que la LAR de 1980, mucho más larga y completa, presentaba menos problemas en su interpretación, porque además, en general, estaba mejor redactada.

Hay que tener en cuenta que en los últimos seis meses de la legislatura el Gobierno envió a las Cortes más de treinta proyectos de ley importantes, con el verano de por medio. En tan corto espacio de tiempo no hay órgano legislativo capaz de hacer un buen trabajo. Los debates parlamentarios de la LAR no dan para mucho, puesto que los grupos de oposición intentaron paralizar la reforma, y cuando no lo consiguieron acudieron con sus propios proyectos como enmiendas, sin entrar en un verdadero debate sobre el texto propuesto por el Gobierno, que con leves modificaciones es el texto finalmente promulgado en el *BOE*.

La Ley se llama de Arrendamientos Rústicos, pero contempla cuatro importantes figuras diferentes: el arrendamiento de finca, el arrendamiento de explotación, la aparcería y la aparcería asociativa. Se ocupa ante todo del arrendamiento de finca y en lo que sea de aplicación, al arrendamiento de explotación y a la aparcería salvo pacto en contrario. Por tanto, el Capítulo I, dedicado a las Disposiciones Generales, no es muy acertado en su contenido y en su sistemática, ya que incluye, por ejemplo, las definiciones de arrendamiento rústico (en realidad de finca o fincas o parte de una finca) y arrendamiento de explotación.

Ya hemos dicho antes que algunos de los artículos del Capítulo I sobran realmente, y sólo desde una mentalidad un tanto leguleya hay quienes se empeñan en enumerar listas de supuestos excluidos, olvidando los principios básicos de la lógica en la interpretación y aplicación del derecho.

En cuanto al arrendamiento de explotación se van a suscitar algunos problemas, porque la Ley apenas se ocupa del mismo por falta de experiencia jurídica. En la Ley parece latir la idea de explotación como «fundo con instrumentos», y por ello se puede comprender su inclusión en una ley de arrendamiento de fincas, pero tampoco queda excluida la explotación agrícola como actividad agraria organizada, esto es, como una red de derechos, con-

tratos y obligaciones. En todo caso no es libérrima decisión de las partes calificar o no un arrendamiento de explotación, como parece sugerir la ley.

Otro tanto se puede decir de la aparcería asociativa, figura a la que sólo se hace una referencia. En suma, el título de la ley es engañoso y está mal puesto.

También puede criticarse, y así se ha hecho, el artículo 3, relativo a los derechos de producción, junto a los que aparecen otros derechos «inherentes a las fincas», ya que se trata de supuestos distintos, con distintos problemas que al final hay que salvar acudiendo a la normativa estatal, autonómica o comunitaria, como en tantas otras ocasiones.

Las reglas sobre la formalización y documentación del contrato no se han meditado lo suficiente y a la vista del texto casi mejor se hubiese prescindido de ellas.

El capítulo de gastos y mejoras y el dedicado a la terminación del arrendamiento son manifiestamente mejorables tanto en el uso del vocabulario como en la delimitación de supuestos. Y es que la ley no estaba tan bien pensada como dijo el ministro en su presentación, y las discrepancias en torno a la reforma eran más profundas de lo que parece. Al final se ha presentado una ley de contratos que cada vez tienen menos de agrarios.

Pero quizá lo más importante no es lo dicho hasta ahora. Lo más importante es que la nueva LAR desarrolla una política del derecho que rompe hasta con los principios establecidos en el Tratado de Roma y es expresión de una nueva alianza nacional entre la propiedad de la tierra y el capital. La tutela del trabajo y de los productores no está presente en la nueva ley más de que un modo indirecto o muy puntual en la aparcería. La alianza entre la tierra y el capital se pone de manifiesto en las reglas sobre capacidad, duración mínima del contrato, gastos y mejoras, o inaplicación del contrato, entre otras. Y es que la tierra no es sólo un factor de producción en la actividad agraria, sino que es también un activo patrimonial cuyo precio viene determinado por otros indicadores distintos a la producción agrícola, más aún en un país como España que está a la cabeza de la UE en actividad constructora inmobiliaria.

La Ley rompe con una tradición de tutela a la explotación familiar agraria que se evidenciaba tanto en las figuras de los arrendatarios protegidos como en los dispositivos de tipo sucesorio en la relación arrendaticia. De manera que puede afirmarse que se ha producido una gran transformación en la relación tierra, trabajo, capital, familia y la actual forma de Estado de prevención y control, que guarda poca relación con el Estado de Derecho de la tradición liberal francesa.

La ausencia de la Administración agraria en la relación arrendaticia es sólo aparente. La intervención del Estado en la agricultura sigue siendo imprescindible por mucho que haya cambiado la forma, y se manifiesta tanto en

las políticas de ordenación del territorio como en las medidas de prevención y control de la sanidad animal y vegetal. Se manifiesta en el gobierno de los flujos migratorios y de la mano de obra, tanto como en las medidas de organización del mercado de productos agrarios. De manera que habría que preguntar dónde está la vuelta al derecho común de la LAR y qué tipo de ilusión es esa que habla de autonomía de voluntad en un mundo de oligarcas y monopolios.

4.2. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

En un artículo publicado en la revista *La Ley*, el 17 de diciembre de 2003, se subraya lo siguiente: «los cambios introducidos por la nueva Ley van claramente encaminados a que sean a partir de ahora las personas jurídicas (principalmente las que revisten forma societaria, aunque sin cerrar el paso a otras entidades) las que se hagan cargo de tomar el relevo de la titularidad de las explotaciones agrarias en España, ante el declive acelerado del número de personas físicas al frente de ellas. Lo que seguramente llevará a una concentración de las empresas agrarias resultantes y a la especialización de su producción, con arreglo a criterios de eficiencia económica».

El abogado ROBERTO SOTO, que así se expresa, llama la atención sobre el modelo de agricultura que a él le parece mejor, en lo que coincide bastante con el ministro saliente ARIAS CAÑETE. Pero una cosa es la realidad y otra los deseos, sin olvidarnos de las contradicciones. Veamos.

La nueva Ley pretende ser un instrumento fundamental para liberalizar ampliamente el mercado de alquileres y provocar una eficiente asignación mercantil del recurso tierra. Se supone que las mejores tierras que entren en el mercado van a parar a manos de los agricultores y empresas que estén dispuestos a hacer un uso eficiente de las mismas. Un mercado de tierras sin límites en cuanto a la extensión arrendada, y en el que se presume que la amplia oferta permitirá que los precios no sean muy elevados. Un mercado al que pueden acudir todos sin excepciones relevantes. Un mercado fluido y flexible por la corta duración previsible de los contratos y la posibilidad de ajuste casi constante. Un mercado sin los límites de los derechos de adquisición preferente. Un mercado sin interferencia aparente alguna de la Administración Pública.

Lo que no es cierto, porque durante los próximos años el mercado de alquileres de tierras y explotaciones no es ajeno a las ayudas (primas, desgravaciones, subvenciones) comunitarias y nacionales. Y no es ajeno a las políticas de ordenación del territorio relacionadas, por ejemplo, con el Plan Nacional de Regadíos o con los Planes de Desarrollo Rural. Por ello la amplia liberalización de los arrendamientos puede presentarse como coartada para otros fines menos confesables.

La LAR se presenta como un instrumento poderoso para un objetivo final: la creación o consolidación de empresas agrarias viables, eficientes y altamente competitivas. La LAR no tiene un fin en sí misma, sino fuera de la misma: abrir las puertas de par en par al capital en la actividad agraria. Por eso es una ley en la que pierde sentido toda referencia a los profesionales de la agricultura, a los derechos de adquisición preferente o a la larga duración de la relación, puesto que el capital no mantiene relaciones estables con nadie que no le sirva fielmente en su reproducción ampliada.

El objetivo es muy ambicioso puesto que pretende la modernización de las explotaciones agrícolas a través de un contrato de cambio. Y esto es demasiado para una Ley de Arrendamientos, como muestra la experiencia histórica, sobre todo si se hace al margen de una política agraria integral, de la que decía disponer el Gobierno saliente con alto grado de exageración.

Según los censos agrarios más recientes es cierto que cientos de miles de agricultores titulares de pequeñas explotaciones van a abandonar la actividad por jubilación o muerte. Es verdad que la mayor parte de la producción agraria en España la realizan empresas agrarias eficientes, muchas de ellas en forma societaria. Pero también es cierto que aún quedan y quedarán cientos de miles de pequeños agricultores y cientos de miles de explotaciones familiares agrícolas. Y esto explica que la nueva LAR no haya sido fruto del consenso como la de 1980. La ley sólo ha sido apoyada claramente por el Partido Popular y un sector de la organización agraria ASAJA. Prácticamente todos los demás grupos parlamentarios y las organizaciones agrarias UPA y COAG se han manifestado contrarias a la destrucción del régimen de arrendamientos que comenzó a levantarse en 1935. Y por eso hemos dicho aquí que el Decreto de 1813 se puede considerar antecedente. Es más, el Gobierno neoconservador y pseudo-liberal, apoyado por el Partido Popular, ha considerado que su misión era la de «desmontar el viejo régimen» y de ahí tantos homenajes manipulados a la figura del más famoso de los ilustrados españoles que fue JOVELLANOS.

Pero hay que insistir en un dato: la estructura de la agricultura en España es profundamente desigual, tanto por lo que se refiere a la propiedad de la tierra como a la estructura de las explotaciones, a las diferencias regionales y comarcales, y a los tipos de suelo, de cultivo, clima y otras muchas variables. Hay que insistir en que la Constitución Española y el Tratado de Roma contemplan objetivos que van más allá de la simple liberalización en busca de eficiencia productiva. El uso razonable de los recursos naturales no es ninguna broma, lo mismo que no es ninguna broma la tutela de los derechos sociales y el desarrollo rural. Y no es ninguna broma la cooperación con otros espacios socio-económicos, y no tanto un falso libre cambio o una absurda y engañosa competencia.

Es evidente que si se tienen en cuenta estas premisas, la cuestión de los arrendamientos se muestra un poco más compleja, y que los objetivos que se

marca la nueva Ley son, de una parte parciales y sectarios, y de otra parte ilusorios. El Gobierno saliente con sus ilusionismos sólo convenció al Consejo de Estado y a pocos más. Aunque el problema más serio no es la reforma de los arrendamientos rústicos.

El problema es que la PAC se encuentra en un mar de contradicciones, igual que el modelo de agricultura y ganadería industrial dominante. Contradicciones no sólo en los aspectos comerciales, sino también en los productivos y en su repercusión en las rentas de muchos agricultores y en la devastación de la biosfera. La invocación al desarrollo sostenible y la tutela ambiental que hacen los Tratados de la Unión se muestra como otro ilusionismo, con el que se intenta desviar la atención de las políticas neoconservadoras y pseudoliberales que se imponen día a día y que informan el núcleo duro de los Tratados y la PAC. La privatización y la liberalización de las políticas de ordenación del territorio conducen directamente a agudizar las contradicciones en un mundo en el que se enseñorean cinco grandes monopolios: el monopolio tecnológico, el monopolio en los mercados financieros, el acceso monopolista a los recursos naturales, el monopolio de los medios de comunicación y el monopolio de las armas de destrucción masiva. Monopolios en los que no parecen parar mientes los juristas que invocan día a día el nuevo credo sobre la liberalización y la competitividad.

La nueva LAR española va a propiciar con toda seguridad el acceso monopolista a la tierra de las sociedades mercantiles en muchas comarcas, que a su vez agudizarán las contradicciones del modelo de agricultura y ganadería industrial y una mayor desigualdad en las estructuras agrarias, que a su vez se intentarán reparar con algunos parches y medidas tomadas «con la mano humanitaria».

En suma: el arrendamiento liberado, el arrendamiento a término desempeña una función clara, la de posibilitar la entrada de capitales en la agricultura y con ello una específica y determinada reforma de las estructuras agrarias, que subordina directamente la explotación de la tierra a la agroindustria y al capital financiero, pero no la reforma de estructuras que requiere la situación actual de la agricultura en España que tome en serio los derechos sociales, el desarrollo sostenible y la cooperación con otros espacios socioeconómicos. Algunos, quizá muchos, no quieren comprender que la agricultura capitalista y su desarrollo actual ni siquiera es capaz de proporcionar la mercancía-alimento a gran parte de la humanidad. La lucha de las transnacionales agroalimentarias por cuotas de mercado es presentada como liberalización, y las grandes cadenas de distribución no tienen otro objetivo que el de garantizarse la reproducción ampliada de los capitales invertidos y presentar buenas cuentas de resultados en las juntas de accionistas. De los problemas de escasez y contaminación de las aguas, de los problemas de erosión y desertificación de los suelos, de los problemas de alimentación de gran parte

de los habitantes del planeta y de los problemas de cientos de millones de campesinos han de ocuparse las organizaciones humanitarias y los servicios de beneficencia gubernamentales, puesto que esos problemas importan poco o nada a los consejos de administración de la agroindustria y la gran distribución. Es más, muchas de las sociedades mercantiles que acuden hoy a la actividad agraria en Europa y en España lo hacen en busca de las primas y ayudas que proporcionará todavía durante unos años la PAC, que reparte migajas entre los pequeños agricultores y grandes sumas a las agroindustrias.

A la vista de todas estas contradicciones y retos, la cuestión agraria volverá a situarse en el centro de los debates y deberemos revisar de raíz muchos de los conceptos con los que operamos, así como replantear el sentido y función de las instituciones.

JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

DICTÁMENES Y NOTAS

Dictamen acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo en el caso de que el traspaso del importe del crédito asegurado a la cuenta bancaria cuyos saldos se garantizan, configurado como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal posterior a la declaración de la situación concursal

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escritura pública otorgada en fecha [...] mayo de 2002, ante Notario por los representantes de la Compañía mercantil «Banco X, S. A.» y de la sociedad «Y, S. A.» se constituye una hipoteca de máximo o de seguridad gravando una finca propiedad de esta última sociedad que se identifica y describe en dicha escritura y cuyo importe máximo garantizado como principal es 601.012,10 € (cláusula 9.ª de la escritura de constitución de la hipoteca). En esta misma escritura pública se documenta la apertura por el «Banco X» de una cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria a nombre de la sociedad «Y, S. A.», por un importe de 601.012,10 € y con validez hasta el día [...] de mayo del año 2010, no susceptible de prórroga y sometida a las previsiones de los artículos 153 de la LH y 245 del RH. En esta cuenta tendrán la consideración de partidas de cargo, de conformidad con la cláusula primera de las que

integran la citada escritura pública, «los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones que, indicadas en el Expositivo III de esta escritura, vencidas y no reclamadas judicialmente por el Banco, y para cuyo adeudo en la cuenta especial queda expresa e irrevocablemente facultado aquél». En dicho Expositivo III se alude a una póliza de crédito, número 157-00101-83, con garantía personal en cobertura de riesgos, intervenida por Corredor de Comercio, de fecha [...] de mayo de 2000, también por importe de 601.012,10 €, con vencimiento el día [...] de mayo del año 2010.

Mediante Providencia de fecha [...] de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia competente, se tuvo por solicitada la declaración legal de la suspensión de pagos de la sociedad «Y, S. A.», con nombramiento de interventores y adoptando las demás previsiones legalmente establecidas. La propia actuación de los interventores judiciales revela que, entre otras, se ha suscitado una duda acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo del que es titular activo el «Banco X» frente a la sociedad suspensa, que acaba de ser descrito, a efectos de determinar si aquella entidad bancaria es beneficiaria del derecho de abstención y como tal ha de figurar en la lista definitiva de acreedores que exige el artículo 12 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 [en adelante, LSP].

Del extracto aportado por el «Banco X» resulta que la primera anotación en el adeudo de la cuenta especial cuyos saldos garantiza la hipoteca de máximo antes identificada, se realiza el día 30 de enero de 2003, por un importe de 600.599,93 €, fruto del traspaso del saldo que en dicha fecha mostraba la cuenta bancaria número [...].

CONSULTA

¿El crédito del que es titular el «Banco X» garantizado con una hipoteca de máximo frente a «Y, S. A.» goza de la condición de privilegio que habilita el ejercicio de la facultad de abstención del acreedor en el procedimiento de suspensión de pagos de ésta?

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De conformidad con el Derecho vigente en el momento de formularse la consulta, el acreedor hipotecario tiene derecho de abstención en los convenios concursales (arts. 1.917, en relación con el 1923.3.º, ambos del Código Civil, y 15, párrafo 3.º de la LSP) y a ejecutar separadamente la hipoteca (1), de ma-

(1) La norma concursal que entró en vigor el día uno de septiembre de 2004 (la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* [BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003]) prevé

nera que si el procedimiento de ejecución ya se hubiese iniciado, la declaración de concurso del hipotecante no la suspende, sin que tampoco impida el posterior inicio del procedimiento de ejecución. Se trata de derechos —los de abstención y de ejecución separada— renunciables por el acreedor hipotecario, de manera que podrá, o no, ejercitarlos en función de los incentivos subjetivos que tenga para hacerlo. El ejercicio del derecho de abstención deja intacto el crédito y la garantía y permite que el acreedor garantizado realice su crédito al margen del convenio que los restantes acreedores del deudor común concursado aprueben (art. 14 de la LSP) (2).

la paralización de las ejecuciones de garantías reales constituidas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado —sin que exista previsión especial respecto al concurso de una persona física que tenga la condición de consumidor, ni tampoco respecto de personas, físicas o jurídicas, profesionales o empresarios respecto de bienes no afectos a su actividad empresarial, existiendo, en estos casos, un derecho de ejecución separada ordinaria para la que es competente el Juez del concurso— desde el momento en que conste la declaración de concurso, así como la interdicción del inicio del procedimiento de ejecución o de realización forzosa, en tanto no se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o, en su defecto, hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 y 2 de la LC). Este régimen de suspensión de ejecuciones reales o específicas propende al objetivo previsto en el artículo 44 de la LC de posibilitar, siempre que sea factible, la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, en beneficio del deudor y de los propios acreedores de éste, así como, en su caso, en el de sus asalariados (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Comentario al artículo 56 de la LC», en *Nueva Ley Concursal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 309; sobre la paradoja de la norma contenida en el art. 56 de la LC, vid. CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía en la LC*, Ed. Civitas, S. L., Madrid, 2004, págs. 76 y 77). Con todo, durante este período de suspensión o de paralización de las acciones reales y con independencia del estado del concurso, la administración concursal puede atender el pago de los créditos garantizados realmente con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 56.3, en la remisión que hace a la facultad de pago de créditos con privilegio especial establecida en el art. 155.2, ambos de la LC). Además, todos los acreedores privilegiados, y por ende, también los titulares de garantías reales siguen manteniendo el tradicional derecho de abstención en los convenios concursales, por lo que las consideraciones efectuadas en el dictamen que presentamos son perfectamente aplicables también al nuevo régimen legal de los concursos. En efecto, el artículo 123 de la Ley 22/2003 dispone que la asistencia de los acreedores privilegiados a la junta y su intervención en las deliberaciones no supondrá su sometimiento a los efectos del convenio, ni se tendrá en cuenta para computar el *quórum* necesario para constituir la Junta de acreedores. Para que un acreedor privilegiado, como lo es el hipotecario, quede sujeto a las prescripciones del eventual convenio tendrá que votar expresamente en la Junta a favor del mismo, sometiendo con ello el crédito a su eficacia. Por último, en caso de que un acreedor privilegiado ostente al mismo tiempo la condición de acreedor ordinario, el voto que pueda emitir en la Junta se entenderá, salvo que expresamente manifieste otra cosa, referido solamente a sus créditos ordinarios.

(2) Recientemente merece especial mención el estudio acerca del ámbito objetivo del derecho de abstención realizado por J. FLAQUER RIUTORT, «El derecho de abstención en la suspensión de pagos de los créditos escriturarios y que constan en sentencia firme», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, págs. 23 a 47.

Siendo ello así, se trata de determinar si la hipoteca de máximo, de la que es titular el «Banco X», puede considerarse como una garantía real con plena eficacia en el momento en que se tiene por solicitada la suspensión de pagos de la sociedad deudora y concursada, aun cuando el traspaso del importe del crédito asegurado, como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal posterior.

La respuesta que quepa dar a esta cuestión depende, en primer término, de una exacta comprensión de la finalidad del negocio que dio lugar al nacimiento de la hipoteca de máximo, del funcionamiento de ésta y del sentido concreto que tiene la facultad de anotar como adeudo en la cuenta especial «*los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones indicadas*» en el texto de la escritura (cláusula 1.2 de la escritura de constitución de la hipoteca).

El negocio que nos ocupa tiene como objeto la creación de una, así denominada, «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria», garantizada mediante una «hipoteca de máximo». Conviene, para una perfecta comprensión del alcance y significado del negocio, considerar separadamente las dos realidades jurídicas que se crean con él: la cuenta de crédito y la hipoteca de máximo.

La denominada «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria» constituye una figura peculiar y novedosa, similar a la cuenta corriente de crédito, pero caracterizada por una serie de notas que la distinguen notablemente de aquélla. En efecto, se trata de una cuenta de crédito en la que los únicos cargos que se pueden efectuar son «*los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones indicadas en el Expositivo III, vencidas y no reclamadas por el Banco*», es decir, los adeudos existentes en otra cuenta corriente de crédito o resultantes de otra operación crediticia ya concertada con el mismo cliente. Para anotar estos saldos como adeudos en la cuenta especial queda el Banco facultado en el mismo negocio de creación de la cuenta especial y de la garantía. Por consiguiente, esta cuenta especial tiene como única y exclusiva función la de recibir todas las deudas generadas a favor del Banco en otras operaciones de crédito realizadas por dicha entidad con el mismo cliente. Ninguna otra cantidad puede ser anotada en esa cuenta. Su existencia no genera ningún crédito, en beneficio del cliente, distinto del que ya le hubiese sido conferido con anterioridad por la entidad bancaria. Su finalidad, en definitiva, es la de servir como receptáculo en el que acoger todas las deudas generadas a favor del Banco por la actividad mercantil del cliente, al objeto de que éstas queden cubiertas por la hipoteca de máximo que se constituye en el mismo negocio sobre la cuenta especial (3).

(3) A la luz de la doctrina que resulta de la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 [RJ 2003/6275] resulta dudosa la posibilidad de la inscripción registral de las hipotecas

Por lo que se refiere a la hipoteca constituida en la escritura notarial otorgada el día [...] de mayo de 2000, ésta puede ser calificada jurídicamente como una hipoteca global, en tanto en cuanto se incluyen en el ámbito de cobertura que garantiza un número ilimitado de obligaciones que no están determinadas en el momento en el que se constituye (la cobertura en garantía, precisamente por no estar inicialmente determinada en su cuantía, reviste la forma de máximo). Estas obligaciones serán concretadas en el futuro mediante los mecanismos que se prevén en el propio título de constitución, reflejándose la relación continuada de crédito entre la entidad financiera acreedora hipotecaria —Banco Popular Español— y la sociedad deudora en la cuenta especial de crédito analizada en el párrafo anterior, facultándose expresamente a la entidad financiera para realizar la anotación contable de las obligaciones garantizadas al vencimiento de éstas.

La que acaba de ser descrita en los dos párrafos anteriores es una de las operaciones crediticias más típicas del moderno tráfico comercial, en virtud de la cual una entidad bancaria concede crédito a un cliente, a través de uno o varios negocios crediticios, todos los cuales se garantizan mediante la constitución de una hipoteca global sobre una cuenta especial de crédito de finalidad liquidatoria, a la que el Banco va transfiriendo como adeudos los saldos de las otras cuentas.

Para determinar el alcance que cabe conceder jurídicamente a esa operación de anotación, como adeudos, en la cuenta liquidatoria, de los saldos que arrojen las otras operaciones crediticias, conviene tener presente cuál es el

de máximo de este tipo —«flotantes»— y, con ello, la posibilidad de constitución de las mismas. En el caso contemplado por la Resolución de la DGRN citada, al igual que en el supuesto examinado por nosotros, el Banco queda expresamente autorizado para efectuar, en cualquier momento, cargos en la cuenta cuyo saldo se garantiza realmente, siempre que sean generados por el incumplimiento por la parte acreditada de las obligaciones garantizadas. A juicio de la DGRN, el obstáculo para la inscripción de este tipo de hipotecas, en las que no hay verdadera indeterminación de las obligaciones garantizadas (que, hasta la fecha, había constituido el principal obstáculo a la inscripción de las «hipotecas flotantes»; v.gr. en las Resoluciones de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722], 3 de octubre de 1991 [RJ 1991/7491], 17 de enero de 1994 [RJ 1994/239], 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186], 6 de junio de 1998 [RJ 1998/5226], 7 de junio de 1999 [RJ 1999/4740], 6 de noviembre de 1999 [RJ 1999/7781] y 10 de julio de 2001 [RJ 2001/5910]), se deriva del hecho de dejar al arbitrio del acreedor si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir en la cuenta garantizada y, sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse, sin que haya una verdadera concesión de crédito, sino únicamente de espera al momento en que el Banco lo que considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con un límite máximo de responsabilidad contemplado como principal. A juicio del Centro Directivo Registral, una hipoteca así configurada vulnera el artículo 1.256 del Código Civil y es contraria al principio de *pars conditio creditorum* que establece el artículo 1.925 del Código Civil. Sobre esta cuestión, vid. RUBIO TORRANO, E., «La llamada “hipoteca flotante”», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, diciembre de 2003, págs. 11 a 13.

objeto de la hipoteca de máximo que se constituye. En este sentido, y de acuerdo con la doctrina de la DGRN, *lo asegurado son las particulares obligaciones, con independencia de si han sido, o no, objeto de asiento contable* (Resoluciones de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722] y de 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186]). Esta misma conclusión se extrae con naturalidad de la cláusula décima de escritura de constitución de la hipoteca, de acuerdo con la cual la anotación de las deudas por la entidad financiera no afecta a la existencia e individualidad de cada una de las obligaciones garantizadas, en cuanto expresamente se pacta *«[...] que las obligaciones asumidas por la entidad acreditada, derivadas del crédito concedido y otorgado en las cláusulas primera a octava (ambas inclusive) de esta misma escritura, subsistirán con plena autonomía y sin que queden en lo más mínimo afectadas las acciones que se deriven del mismo»*, de forma que tampoco la eventual realización de la hipoteca impediría la ejecución de cada uno de los créditos garantizados y viceversa (supuesto contemplado en la RDGRN de 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186]).

De este modo, *la previsión convencional* con arreglo a la cual la relación continuada de crédito se refleja, al arbitrio de la entidad bancaria, en una cuenta corriente especial que se crea conjuntamente con la hipoteca (de acuerdo con las previsiones de los arts. 153 de la LH, 245 del RH y 572 de la LECiv/2000) (4), *no es más que un medio para que esta entidad acreditante disponga de un modo de liquidación unilateral de las obligaciones que le permita prescindir del concurso del deudor para la formación de un título ejecutivo* que, por ser líquido, le habilita, en su caso, para iniciar el procedimiento de ejecución de la hipoteca.

En definitiva, se están garantizando, con una hipoteca global, obligaciones de nacimiento futuro, dentro de un plazo temporal convencionalmente determinado y hasta un límite máximo establecido con idéntica precisión. Estamos, en realidad, ante la constitución directa de una hipoteca anticipada al nacimiento del crédito, aportando y asegurando, mediante la publicidad registral de este gravamen, *la información suficiente a los otros posibles acreedores del mismo deudor acerca de la existencia de la afección en ga-*

(4) La existencia y la cuantía de la obligación garantizada son las dos únicas circunstancias cuya determinación puede quedar sujeta a determinación posterior a la constitución del gravamen hipotecario, en tanto en cuanto el artículo 153 de la LH exige que, en la escritura de constitución, se señale el plazo de duración de los contratos, las eventuales prórrogas y los plazos de liquidación de la cuenta, siendo el carácter inicialmente indeterminado de la obligación garantizada el elemento del que se deriva la exigencia de que, en aquella misma escritura de constitución se haga constar la cantidad máxima de la que el bien hipotecado responde. Vid., por todos, CORDERO LOBATO, E., «Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria: requisitos generales y modalidades», Capítulo XVI del *Tratado de los derechos de garantía* (CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ), Ed. Aranzadi, Elcano, 2002, pág. 544 (§ 24).

rantía y el montante máximo dentro del que la misma les va a ser oponible. De esta manera, los acreedores que hayan concedido créditos sin garantías —y, v.gr., tras el incumplimiento obtengan una anotación de embargo—, deben ser pospuestos a la hipoteca aun en el caso de que el crédito garantizado por ésta no hubiera nacido. Esto es, los acreedores que pese a la existencia del gravamen hipotecario conceden crédito al deudor, conformándose con la responsabilidad patrimonial universal del mismo (ex art. 1.911 del Código Civil) no pueden pretender que se les considere dañados o perjudicados, pues a ellos resulta imputable que no hayan utilizado los medios que el ordenamiento pone a su disposición para evitar el riesgo patrimonial de su deudor, al tiempo que es el propio sistema de prelación de créditos el que expresamente permite que el deudor que consiente la constitución de una hipoteca beneficie a los acreedores que libremente elija, conformándose el sistema con que los potenciales acreedores estén informados sobre la existencia del gravamen. Esta información, como ya he dicho, se consigue mediante la publicidad registral de la hipoteca.

Las consideraciones efectuadas se encuentran en perfecta sintonía con la eficacia *erga omnes* de las garantías reales, en tanto que la publicidad registral garantiza el conocimiento de su existencia y de su ámbito de cobertura a los posibles posteriores acreedores del deudor hipotecario, siendo la norma legal la que les atribuye a los acreedores hipotecarios un determinado rango en la prelación de créditos y la consideración de créditos privilegiados en los procedimientos concursales. En las hipotecas globales, como la que nos ocupa, la cuantía máxima de la cobertura garantizada aparece de manera patente en el título de constitución de la misma, con independencia de que la entidad acreedora tenga atribuidas determinadas facultades *de alcance meramente contable*, que puedan facilitarle la fijación y determinación del *quantum* líquido del crédito y de la deuda, pero *sin que a tales facultades de alcance meramente inter partes, parezca razonable atribuirles eficacia frente a terceros*.

Partiendo de ese valor simplemente *inter partes*, y no frente a terceros, de la facultad de anotación que nos ocupa, es preciso ahora considerar cuál es la perspectiva que ha de adoptarse para calificar al crédito que nos interesa como crédito con derecho de abstención o como crédito ordinario. La respuesta a este problema es sencilla: no cabe ninguna duda de que ésta es una cuestión que debe ser resuelta en relación con los demás titulares de créditos afectados por la suspensión de pagos, y no respecto del deudor suspenso. En este sentido, son extraordinariamente ilustrativas las palabras de LACRUZ cuando afirma que el privilegio concursal es una especificación del poder del crédito «*no frente al deudor, sino en relación a los otros acreedores de un mismo deudor (eventualmente sobre un mismo bien) que tratan de hacer valer sus pretensiones, y en tanto en cuanto intentan hacerlas efectivas sobre*

el patrimonio del obligado. El privilegio no es un arma en contra del deudor, sino en el reparto del botín» (5).

Siendo ello así, no cabe más que concluir que la mera existencia o realización de una anotación contable de una deuda, no puede suponer privar de la cobertura de la garantía real al crédito nacido a favor de la entidad bancaria, siempre y cuando dicho crédito haya venido a existencia con anterioridad a la fecha de la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos.

Entendemos que sólo con las consideraciones anteriores debiera ser suficiente para dar una respuesta positiva a la cuestión planteada. Sin embargo, todavía es posible aportar más argumentos favorables a la calificación del crédito que se somete a examen como crédito con derecho de abstención.

En efecto, incluso si se considerara (en contra de nuestra opinión) que es necesario un acto de anotación contable por parte del acreedor en la cuenta especial, al efecto de entender cubiertas por la garantía real las cantidades adeudadas al mismo por el suspenso, entiendo que es perfectamente posible su realización, aun cuando ya se haya producido la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos.

Como es sabido, la providencia de admisión de la solicitud de suspensión de pagos produce ciertos efectos sobre los acreedores del suspenso y sobre los propios créditos. Estos efectos están regulados en los artículos 4.º y 9.º de la LSP, y tienen como finalidad garantizar la viabilidad del procedimiento concursal que nos interesa. En efecto, como afirma SÁNCHEZ CALERO, «*la suspensión de pagos es un procedimiento judicial cuya finalidad es la de que un empresario que se encuentra en la imposibilidad de pagar sus deudas en las fechas de sus respectivos vencimientos, llegue a un acuerdo con sus acreedores sobre estos pagos*» (6). De esta manera, una vez que el deudor solicita la suspensión y ésta es admitida a trámite por el juez, se hace preciso eliminar cualquier posibilidad de que continúen saliendo bienes del patrimonio del deudor, o de que cualquier acto del deudor pueda perjudicar la posición del conjunto de acreedores o beneficiar a alguno de ellos respecto al resto.

Las medidas contenidas en los artículos 4.º y 9.º de la LSP responden exactamente a la lógica señalada. Por una parte, el deudor queda sometido al control de los interventores, que vigilarán, entre otras muchas cosas, que el deudor no pueda beneficiar a ningún acreedor o hacer salir bienes de su patrimonio en perjuicio del conjunto de sus acreedores o de alguno de ellos. Por otra parte, se sustituyen por la actuación de los interventores todas las

(5) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 388.

(6) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, Ed. RDP, Madrid, 1994, pág. 470.

administraciones judiciales y embargos que pudieran estar constituidos sobre los bienes del deudor y, lo que es más importante, se paraliza la ejecución de las sentencias dictadas en todos los juicios ordinarios y ejecutivos seguidos frente al suspenso, mientras permanezca en el estado de suspensión de pagos. Únicamente quedan excluidos del efecto suspensivo los juicios en los que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, debido a la naturaleza real de estas garantías.

Adoptadas estas medidas, queda garantizado que no pueda salir ningún bien del patrimonio del deudor en favor de uno de los acreedores del suspenso y en perjuicio de los demás, ni por actos del deudor, ni como consecuencia de una actuación judicial o extrajudicial de cualquiera de los acreedores. A partir de aquí, pueden ya comenzar las tareas de elaboración de la lista de acreedores y de calificación de sus créditos como ordinarios o con derecho de abstención, con el objeto de fijar definitivamente la masa pasiva y determinar quiénes estarán necesariamente vinculados por la decisión de la Junta en la que se tratará de llegar a un acuerdo con el suspenso.

Sin embargo, entre las medidas establecidas en los artículos 4.º y 9.º de la LSP, no se hace referencia en ningún momento a la cuestión que nos interesa. Todas las medidas dispuestas por esos artículos son susceptibles de evitar que cualquier acreedor pueda ejecutar su crédito con cargo a los bienes del deudor, y también que el deudor pueda realizar acto alguno que beneficie a uno o varios de sus acreedores en perjuicio de los demás. Ahora bien, lo que no ha contemplado, de ninguna manera, es la posibilidad de que un acreedor, por sí mismo, en uso de las facultades que le confiere un negocio jurídico concluido con el deudor mucho tiempo antes de la suspensión, pueda alterar el contenido de su posición jurídica frente al suspenso, de manera que créditos que, en principio, serían ordinarios, aparezcan finalmente como créditos con derecho de abstención.

Probablemente el legislador ni siquiera pensó en este problema al elaborar las normas de la LSP, habida cuenta de las escasas situaciones en las que un negocio puede dar lugar a la operación descrita. Es la práctica mercantil y bancaria contemporánea la que ha dado lugar en época reciente a negocios como el aquí contemplado, y difícilmente pudo este hecho ser tenido en cuenta por el legislador de 1922. Por otra parte, solventar esta cuestión desde el artículo 9.º de la LSP resulta complicado, debido a que las limitaciones de derechos establecidas en el artículo 9.º de la LSP son excepcionales y, por consiguiente, no pueden ser interpretadas extensivamente ni aplicadas por analogía.

Sin embargo, es preciso extraer una solución del conjunto del ordenamiento que sea acorde con los principios que inspiran el procedimiento de suspensión de pagos y los procedimientos concursales en general.

Obviamente, el primer lugar en el que buscar una solución a nuestro problema está constituido por la regulación del negocio y la garantía que

estamos considerando: una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito. Pero, ni en el artículo 153 de la LH, ni en el 245 del RH, que regulan esta materia, encontramos referencia alguna a cómo afectan las declaraciones concursales a su contenido.

Habida cuenta de ello, el siguiente paso que debemos dar consiste en buscar supuestos análogos al que nos ocupa, en cuya regulación sí podamos encontrar una respuesta del ordenamiento jurídico al problema planteado. Dentro de estos supuestos análogos reviste especial interés el de la hipoteca unilateral y su aceptación. En efecto, la hipoteca establecida unilateralmente en favor de un determinado sujeto sólo beneficia a este sujeto si ya ha sido aceptada (art. 141 de la LH). De este modo, puede acontecer, análogamente a lo que sucede en el supuesto sometido a dictamen, que el beneficiado por la hipoteca unilateral todavía no haya aceptado la garantía al tiempo de la providencia de admisión de la solicitud de una suspensión de pagos. Si ello sucediese, nos encontraríamos ante un caso en el que, de ser permitida la realización de un acto unilateral del acreedor (la aceptación) tras la providencia de admisión, un crédito ordinario podría ser transformado en un crédito con derecho de abstención (en tanto que garantizado desde la aceptación, y con efecto retroactivo, por una hipoteca).

La identidad de razón entre el supuesto que nos ocupa y el que ahora consideramos es evidente. En ambos casos un acreedor, a través de la realización de un acto unilateral para el que está facultado, puede convertir un crédito ordinario en uno con derecho de abstención. Así pues, entre ambos supuestos se dan las condiciones establecidas por el artículo 4.º del Código Civil para que proceda la aplicación analógica: existencia de una laguna normativa y regulación de un supuesto semejante entre los que se aprecia una identidad de razón. Siendo ello así, la respuesta jurídica que quepa dar a la posibilidad de aceptar una hipoteca unilateral después de que se haya dictado la providencia de admisión de la suspensión de pagos, puede ser también aplicada a la utilización de la facultad de anotar como adeudos en la cuenta garantizada con hipoteca de máximo los saldos que resulten de las operaciones de crédito determinadas en la escritura de constitución de la garantía real.

Pues bien, en el caso de la hipoteca unilateral, el acreedor puede hacer constar en el Registro de la Propiedad su aceptación en *cualquier* momento, y con efectos que «*se retrotraerán a la fecha de la constitución de la hipoteca*». La ley no limita, desde ningún punto de vista, el tiempo en el que cabe aceptar la hipoteca, siempre que no se haya cancelado previamente por el procedimiento establecido al efecto (en el párrafo 2.º del art. 141 de la LH). Es más, acreditada doctrina hipotecarista y civilista (7), se ha pronunciado

(7) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, R. M.ª, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pág. 611; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La hipoteca unilateral», en

expresamente sobre la cuestión que nos afecta, afirmando tajantemente que la posibilidad de aceptar en cualquier momento tiene especial interés «*no sólo por lo que se refiere a la posible insolvencia y ejecución (singular o universal) del deudor —que sin duda es el aspecto más visible—, sino también en el caso de quiebra del acreedor aceptante*».

Si esto es así, el acreedor puede aceptar la hipoteca en cualquier momento, incluso después de admitida la solicitud de suspensión, y con ello determinar que la garantía hipotecaria tenga plena e indiscutible vigencia, con *toda el significado privilegiado* que el derecho real confiere, rigiendo como fecha de nacimiento de la garantía —eficaz *erga omnes*— la de la constitución unilateral en su día inscrita.

En consecuencia, por analogía, cabe sostener que el acreedor, en una cuenta corriente de crédito garantizada con hipoteca de máximo, también puede hacer uso de su facultad de anotar, en la cuenta liquidatoria garantizada, los saldos de las operaciones crediticias referidas en el negocio de constitución después de admitida la solicitud de suspensión. Aún más, si se permite a un sujeto (el acreedor que puede aceptar una hipoteca unilateral), la realización de un acto como consecuencia del cual adquiere una garantía real (la dicha hipoteca unilateral); con mucha mayor razón debe admitirse que un acreedor realice actos de carácter meramente formal respecto de una hipoteca perfectamente constituida. Sobre todo si se considera que tales actos formales (la anotación de adeudos en la cuenta especial), no afectan, como hemos visto, ni al objeto de la hipoteca, de la que es titular el acreedor, ni tampoco a su relación con los demás acreedores (a la denominada *par condicio creditorum*); puesto que todos ellos ya estarán, o habrán podido estar, informados de la existencia de la garantía real y de sus límites a través del mecanismo jurídicamente establecido para ello, esto es, la publicidad registral.

CONCLUSIÓN

El crédito garantizado por la hipoteca de máximo constituida a través de la escritura notarial de fecha [...] de mayo de 2000, otorgada por los representantes de la entidad financiera «Banco X, S. A.» y la sociedad concursada «Y, S. A.»:

1.^a) Es un crédito garantizado con hipoteca hasta el límite de la cuantía máxima prevista en el título de constitución de aquella garantía (601.012,10 €). Tiene un contenido constituido por todas las deudas nacidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca y hasta la fecha de la providencia de

Tratado de garantías en la contratación mercantil, T. II-2.º, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 244.

admisión a trámite de la suspensión de pagos ([...] de noviembre de 2002) como consecuencia de la póliza de crédito número [...], y ello con independencia de que todavía no se hubiese realizado en ese momento la anotación contable en la cuenta especial liquidatoria de las deudas vencidas y líquidas en esta fecha por parte de la entidad financiera.

2.ª) En consecuencia, el acreedor hipotecario «Banco X, S. A.» *goza de los derechos de abstención y de ejecución separada* que la vigente legislación reguladora de la suspensión de pagos atribuye a los acreedores titulares de créditos privilegiados.

Es dictamen que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil (UDC)

FERNANDO PEÑA LÓPEZ
Profesor Titular (EU) de Derecho Civil
(UDC)

Estado del Derecho y de la Justicia en España

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. EL HECHO JURÍDICO EN UN ESTADO DE DERECHO. 1.2. LOS FENÓMENOS DE LA TRANSICIÓN EN UNA SOCIEDAD EN GLOBALIZACIÓN.— 2. PODER LEGISLATIVO: 2.1. LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS. 2.2. LEYES ORGÁNICA Y ORDINARIA. 2.3. LA PATOLOGÍA NORMATIVA DE LAS LEYES DE ACOMPAÑAMIENTO A LAS DE PRESUPUESTOS. 2.4. DESARROLLO DE NORMAS CONSTITUCIONALES.—3. LO COMUNITARIO: 3.1. LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 3.2. EL TRATADO DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA.—4. TRIBUNALES DE JUSTICIA: 4.1. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS. 4.2. EL PACTO SOBRE LA JUSTICIA. 4.3. INCREMENTO O PERFECCIÓN ESTATUTARIA DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA. 4.4. LAS COLISIONES ENTRE TRIBUNALES. 4.5. PREVALENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—5. SELECCIÓN, FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA JUSTICIA.—6. MODERNIZACIÓN: DOTACIÓN, INVERSIÓN Y RENTABILIDAD: 6.1 UNA JUSTICIA DE CALIDAD. 6.2 MODERNIZACIÓN Y DOTACIÓN. 6.3. COORDINACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES O MEDIOS. 6.4. JUSTICIA PREVENTIVA REGISTRAL.—7. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL IMPACTO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA EN NUESTRO ESTADO DE DERECHO Y DE LA JUSTICIA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. EL HECHO JURÍDICO EN UN ESTADO DE DERECHO

Tomar el pulso al Derecho y a la Justicia, en nuestra patria, es un acto de reflexión que no responde a una orientación preconcebida, sino al estudio, seguimiento y experiencia vividas. Naturalmente, desde la órbita académica en que estamos. Se trataría, en síntesis, de un prontuario, aun partiendo de que en toda reflexión, incluso de orden filosófico-jurídico de signo dinámico y creador, hay, como señalamos nosotros en la obra *Ortega y Gasset y el pensamiento jurídico*, Madrid, 2003, una *actitud*, si bien debe ser reconducida, como en nuestro caso, a algo más que «historia», «ideología», «sociología», «política» del *hecho jurídico*, ya no digamos de la *verdad* en Justicia. Incluso en el aspecto analógico ha habido fenómenos comparativos —el «De-

recho Natural Soviético», o «El despertar iusnaturalista después de la Guerra Mundial» (vid. n. tr., *Derecho. Guía de los estudios universitarios*, Pamplona, 1979, e *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*, Madrid, 1976).

1.2. LOS FENÓMENOS DE LA TRANSICIÓN EN UNA SOCIEDAD EN GLOBALIZACIÓN

Entre nosotros, lo histórico queda algo atrás. No se olvide, sin embargo, que la legislación general de la II República de 1931, se seguía aplicando, en el propio régimen que le sucede. Los primeros juristas del sistema —SERRANO SÚÑER, LORENTE SANZ (vid. la obra colectiva *Homenaje a Lorente Sanz*, Zaragoza, 2002, especialmente el trabajo del Abogado del Estado, GARCÍA TOLEDO), GARCÍA VALDECASAS, PÉREZ BOTIJA, GARRIGUES, LEGAZ, PÉREZ SERRANO, algunos formaron parte o cerca de la «Agrupación al Servicio de la República» (vid. con este título la tesis doctoral de MARGARITA MÁRQUEZ, Madrid, 2003), formada por ORTEGA, MARAÑÓN, PÉREZ DE AYALA, entre otros, que trataron de instaurar un Estado de Derecho, o someter a Derecho la actividad del Estado-Administración (recuérdese la todavía vigente Ley Hipotecaria o la Notarial de 1946, o hasta hace poco la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o la de suspensión de pagos, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Naturalmente que esta meditación tiene un campo más concreto, y ahora más posibilista, a partir de la Constitución Española de 1978, como luego veremos, se produce o se puede producir una interrelación, como los derivados de los fenómenos de la Unión Europea, de sus propias Directivas, o su proyecto de Constitución Europea, que ha de someterse a referéndum (1).

Con estos ingredientes, y los que pudieran derivar de una sociedad más en globalización, secularizada, y a su vez, con una inmigración que pudiera resultar «fundamentalista», vamos a exponer lo que pudiera ser un prontuario sugerente para discernir sobre el Estado de Derecho y la Justicia en España, advirtiendo que damos por hecho que pudiera haber ciertas conexiones, o a veces, contradicciones, cuando se tratare de cuestiones interdisciplinarias. Por ejemplo, en cuanto a la Bioética, la Educación, la Informática, la Ingeniería, la responsabilidad legal de todo profesional, entre otros.

(1) Al corregir galeras el 20-12-2004, se ha publicado el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, aprobada en la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros. El Título VI —Parte II—, artículos 107 a 114, lleva por rúbrica *Justicia*. En la Parte III, *De las políticas y el funcionamiento de la Unión* —Título VI—, *Funcionamiento de la Unión* —Capítulo I. *Disposiciones institucionales*, Subdirección 5— se comprende *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, artículo III, 353-383. Vid. al final el punto 7.

2. PODER LEGISLATIVO

2.1. LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS

El signo de un vivir en democracia tiene su primer peldaño en el poder legislativo, porque es la expresión activa de la soberanía popular, que en nuestro caso tiene, singularmente, el ámbito de las Cámaras legislativas, Congreso de los Diputados y Senado. Este último objeto de un posible replanteamiento, si llegare a convertirse definitivamente en Cámara de representación territorial, que no perdiera su influencia o su rol legislativo, lo que exigiría una reforma constitucional o una norma pactada entre ambas Cámaras. La reforma de los Reglamentos de ambas Cámaras podría dar más flexibilidad y transparencia.

2.2. LEYES ORGÁNICA Y ORDINARIA

No hay grandes problemas en este orden legislativo, siempre que, según la propia Constitución, las leyes orgánicas y las ordinarias se mantengan para cierto *quórum* especial, y para las segundas una participación de signo social u orgánico a los interesados, y especialmente con la representación sindical u organización o Colegios Profesionales. El no cumplimiento de ambos extremos es lo que ha producido, en casos concretos, cierta disfuncionalidad.

2.3. LA PATOLOGÍA NORMATIVA DE LAS LEYES DE ACOMPAÑAMIENTO A LAS DE PRESUPUESTOS

Este es un punto delicado y complejo, que si tiene su razón de ser para normativas excepcionales de ámbito temporal o urgente, puede afectar a la buena práctica y rigor de las leyes. Entre otros supuestos tenemos las modificaciones de normas jurídicas de gran predicamento, como la Ley de Notariado y la Ley Hipotecaria, que no fueron objeto de deliberación parlamentaria y que se han puesto al filo de la navaja de su posible inconstitucionalidad e incluso de su escasa eficacia jurídica. Otro tanto se pudiera decir respecto a cierta normativa, penal o fiscal, en cuanto afectara a tutelas jurídicas efectivas o derechos humanos, salvo motivaciones o causas especiales que no encajaren en el Decreto-ley legislativo (parece que se ha desechado este sistema para la de Presupuestos, 2005, al menos formalmente. Subsiste, en cambio, en las Cámaras legislativas de algunas Comunidades Autónomas).

2.4. DESARROLLO DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Hay preceptos constitucionales que no han tenido una concreción normativa o reglamentaria. Por poner dos ejemplos citaré el desarrollo del artículo 155, sobre desviación o incumplimiento de funciones estatutarias, y el artículo 149, sobre inspección educativa nacional.

3. LO COMUNITARIO

3.1. LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

En diversos trabajos he hecho alusión a la problemática de una no clara definición de las orientaciones de la Unión Europea y su valor normativo: como de obligado cumplimiento, como orientación, como cauce orientador, programática, etc. Es decir, su incidencia en la legislación interna y en los tribunales de cada país. Puede ser un problema general en Europa, pero en la legislación «continental», es decir, la no germánica o anglosajona, y también en razón a ciertos desequilibrios territoriales, autonómicos o sociales, en España se ha complicado más. Pensemos en la Ley que aprueba el Plan Hidrológico Nacional, y las «reservas» contradictorias de las directrices de Bruselas. O el criterio de la viabilidad de adopciones por homosexuales, o las normas sobre bioética en la medicina, fecundación *in vitro*, trato de la eutanasia.

3.2. EL TRATADO DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Puede ser un factor dinamizador si es realista, flexible y ponderado, tanto para el «gobierno», número de habitantes, o «peso» en la historia y en la emigración actual —como paso a la búsqueda de un reconocimiento de las raíces cristianas de Europa, y cuya sola discusión ya da qué pensar, y que no aclamarse puede influir en los respectivos referendos.

Naturalmente el problema, en el futuro —como veremos en el punto 7— si se aprueba el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, es más complejo, especialmente tiene la CE 1978, dada su singularidad y «brindaje».

4. TRIBUNALES DE JUSTICIA

Es un capítulo especial, merecedor por sí de un estudio detenido, pero del cual sólo hemos de apuntar algunos aspectos:

4.1. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS

Es el aspecto que socialmente sea más llamativo o de mayor sensibilidad social. El retraso en los procedimientos tiende a ser superado por cierta normativa de los llamados *juicios rápidos*, en principio dirigidos al ámbito penal, pero que pudieran extender en el futuro, en cuanto a su configuración y filosofía, a la jurisdicción voluntaria y a algunos campos más concretos (arrendamientos, derecho de familia, violencia de género, terrorismo, etc.). La fuerza del arbitraje es otro campo a desenvolver, intentado en la actual Ley de Arbitraje de 2003.

4.2. EL «PACTO SOBRE LA JUSTICIA»

Los vaivenes políticos e ideológicos no debieran perturbar a la aplicación de las leyes. Por eso, las que configuran el poder judicial y sus órganos deben adecuarse para acercarse más al espíritu de la Constitución, sobre todo, reforzando al máximo, la profesionalidad de la Magistratura y la formación de sus órganos y miembros. De ahí el «Pacto sobre la Justicia», como el Pacto Escolar en Bélgica. De manera no temporal debiera ser de consideración, y con carácter previo, a una contienda electoral. Se debiera optar por un sistema de promoción institucional con menos riesgos de ideologización (2).

4.3. INCREMENTO O PERFECCIÓN ESTATUTARIA DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA

Son necesarias normas estatutarias que orientan u ordenan los órganos de gobierno o esfera de actuación. Por ejemplo, un Estatuto del Ministerio Fiscal, del Defensor del Menor, del Consejo General del Poder Judicial, etc.

4.4. LAS COLISIONES ENTRE TRIBUNALES

En las leyes procedimentales deben establecerse con mayor claridad, y dada la experiencia y jurisprudencia, los supuestos del ámbito de cada Tribunal. El conocimiento y competencia de determinados delitos, no ocurridos en

(2) El cambio de criterio sobre el nombramiento de altos cargos en la Administración de Justicia, con discrepancia no sólo de la oposición sino del Consejo del Poder Judicial, pudiera dar la sensación que, al menos en este punto —que es fundamental—, el Pacto sobre la Justicia no ha funcionado y habrá que estar a las decisiones últimas del Legislativo y en su caso de los Tribunales de Justicia o del Constitucional o los europeos (nota al 20-12-04).

territorio especial, que debieran estar sujetos a un Tribunal de Justicia Internacional que funcionara efectivamente, o la ejecutoriedad de sentencias que emanan de los tribunales superiores o supremos del Estado, pero que no encuentran aplicación fácil, o con dificultades en tribunales territoriales o autonómicos, como así como respecto del País Vasco u otros.

Hay otro tipo de problemas objeto de debate y de necesaria clarificación doctrinal o legal: es la tendencia de que el Tribunal Constitucional se pueda erigir en una segunda instancia, a pretexto de encontrar una vía de amparo, desbordando el cauce de los recursos de revisión, de casación o en interés de ley.

4.5. PREVALENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Debe considerarse incuestionable la permanencia y fortalecimiento del Tribunal Supremo con las funciones atribuidas en el Título VI de la Constitución y con la función jurisdiccional propia «en toda España» (art. 123), y con competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5, y no sólo por las razones técnicas de la dispersión doctrinal —si es que se le quisiera reducir a ella por normas estatutarias autonómicas—, sino porque los criterios de igualdad y de tutela efectiva establecidos como principios básicos impedirían al justiciable disponer de la seguridad mínima.

5. SELECCIÓN, FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA JUSTICIA

A nuestro modo de ver, el instrumento es el hombre, y el sistema es la persona. Toda reforma, pretensión o intento, de superación de la justicia en España tiene que contar con dos asideros: uno, el de la sociedad y el de la vivencia de la ley, tarea en la que fue verdadero genio el olvidado académico y maestro, entre otros, JUAN IGLESIAS, especialmente en su obra *El espíritu del Derecho Romano* (3).

Y el segundo es la *Selección, formación y especialización del profesional de la Justicia* (el haber trabajado de manera monográfica y extensa en el libro sobre el «Pacto de la Justicia», me permite hacer una mera referencia a ello, insistiendo en su importancia, dentro del estado general del Derecho y la Justicia en España), (vid. n. tr. para la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2003).

(3) También en n. ob., *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, 2003, págs. 116 y sigs.

6. MODERNIZACIÓN: DOTACIÓN, INVERSIÓN Y RENTABILIDAD

Las exigencias de una agilización o modernización de la Justicia es una aspiración permanente de la sociedad y en los estados de opinión no hay manera de alcanzar calificaciones óptimas entre los ciudadanos. De ahí que de la patología y situaciones, en que aquí no vamos a entrar ni describir, haya de tenerse presente.

6.1. UNA JUSTICIA DE CALIDAD

Esto ha de venir por una concienciación auténtica, no sólo de los que la ejercen o utilicen, sino de la sociedad misma. En el caso de los primeros, puede resultar como fruto del punto 5, en cuanto que la selección, formación y especialización ayudarán a la formación de esa conciencia en torno a la responsabilidad y a la calidad. Un capítulo importante, no siempre bien entendido, es la relación entre los campos de lo informativo y los climas de alarma social.

6.2. MODERNIZACIÓN Y DOTACIÓN

Las exigencias de calidad —como en el vestir, en el vivir, en el bienestar— exigen que la Administración de Justicia incremente progresivamente sus dotaciones de personal, cada vez más especializado, y en la instrumentación de los medios. La búsqueda de la rapidez no debe ser exclusiva para determinados tipos de procesos, aunque en unos sea más aconsejable que en otros. Pero ello ha de hacerse con medios técnicos —informática, internet, correo electrónico, etc.—, especialmente para notificaciones, diligencias o providencias; o en sentencias si no son de cierta confidencialidad (esto se refiere también a retribuciones tanto de la Magistratura como de la Secretaría Judicial y del personal auxiliar).

6.3. COORDINACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES O MEDIOS

Llamo «coordinación» a toda estructura o entramado que sin ser estrictamente judicial puede colaborar, ayudar o completar aquella acción. Citamos aquí, como ejemplo, sin entrar en grandes temas, los siguientes:

6.3.1. La coordinación normática y funcional con el Notariado y los Registros, ayudando a la compenetración de esas esferas, evitando la confrontación.

6.3.2. La coordinación, en todo caso doctrinal, o de magisterio, de las instituciones académicas superiores que son viveros de investigación y fuente doctrinal importante. Me refiero a las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación, de Doctores-Sección de Derecho, de Ciencias Morales y Políticas-Área de las Ciencias Jurídicas, el Instituto de España, los Colegios Profesionales de índole jurídica, como los de Abogados, Notarios, Registradores de la Propiedad, Administradores de Fincas, Gestores Administrativos, Procuradores de los Tribunales.

6.3.3. Coordinación con los medios informativos. Se trataría de una conexión recíproca. Es algo que las Secciones de los Tribunales de los periódicos —no sería poco que fueran dirigidos por personal y periodistas que tuvieran la condición de Letrados—. Afectaría a todo lo que «puertas abiertas» de los tribunales a la sociedad, acercándose mutua y sosegadamente, y no accidental o temporalmente, buscando el caso alarmante o generalizando en exceso. Los instrumentos mediáticos son el mejor camino para el buen entendimiento de Sociedad-Justicia, Justicia-Sociedad.

6.4. JUSTICIA PREVENTIVA REGISTRAL

Un tema que estuvo siempre en la mente de los hipotecaristas y notarios de los primeros momentos doctrinales y normativos, antes del Código Civil y de las Leyes de Enjuiciamiento Civil, es el papel que puede presentar para la colaboración con lo que llamamos justicia preventiva notarial-registral. No es momento aquí, exponer con detalle los medios de aproximación de la función notarial-registral en el Estado de la Justicia en España (4).

7. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL IMPACTO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA EN NUESTRO ESTADO DE DERECHO Y DE LA JUSTICIA

De la nota 1 y del párrafo segundo del punto 3.2 puede ya colegirse que, dando por válido cuanto según hemos expuesto, podemos dejar apuntada —al 20-12-04, al corregir galeras— la incidencia que la aprobación —o no— a lo largo del año 2005, por los Parlamentos Europeos o por los *refe-*

(4) Vid. algunos trabajos nuestros, desde *Teoría del Registro como servicio público*, ed. 1959, ampliada en 1959 y reeditada en 1991; *El Notariado y los Registros* (en colaboración con DEL CACHO, Madrid, 1991, o *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, 1995, con otros monográficos en referencia a problemas o fenómenos como la *Constitución*, la *globalización*, *arbitraje*, *Derecho y principios hipotecarios internacionales*, etc.

réndum pertinentes, puede tener no ya en la CE sino en la plasmación o problemática específica derivada del *Tratado para la Unión Europea*, y que en España se somete a referéndum el 20-2-2005.

Ya fue discutida la implicación directa o no a la CE misma. El Consejo de Estado planteó al TC la necesidad o no de la disolución de las Cortes, previa al referéndum, caso de que afectase —según sus dudas— a ciertos artículos de la CE. El TC declaró el 13-12-2004 la *no contradicción* entre la CE y el artículo 1-6 del Tratado de Roma, y con los 11-111 y 11-112 del Tratado, siendo suficiente el 93 de la CE para el consentimiento del Estado. Aunque de la propia *Declaración* se prevén posibles casos específicos, tres votos particulares, especialmente el del magistrado R. GARCÍA CALVO, pusieron reparos a aquella Declaración. Al futuro habrá que remitirse.

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

Derecho de propiedad fiduciaria. A propósito del régimen de «agresión» y «protección» del fideicomiso en el Derecho argentino

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SISTEMA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO.—III. ACCIÓN COLECTIVA PERSONAL.—IV. SEPARACIÓN PATRIMONIAL Y DISTINTOS SUJETOS CONTRACTUALES.—V. ACREEDORES DEL FIDUCIARIO.—VI. ACREEDORES DEL BENEFICIARIO.—VII. ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO.—VIII. ACREEDORES DEL FIDUCIANTE.—IX. SUPERPOSICIÓN DE ROLES.—ABREVIATURAS MÁS USADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los primeros antecedentes históricos que se registran del fideicomiso emanan del Derecho romano, concretamente de la fiducia y de las herencias y legados fideicomisarios. Estas dos alternativas (intervivos y actos de última voluntad) fueron las dos modalidades utilizadas históricamente (1) para instrumentar estos negocios de confianza (2).

Sin perjuicio de ello se ha dicho que el fideicomiso que crea la ley argentina número 24.441, si bien tiene el esquema o armazón de la institución romana, su ropaje viste una figura esencialmente distinta (3). La evo-

(1) Así también en el Derecho americano. Vid. MENNELL, ROBERT L., *Wills and trust in a nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1994, págs. 5 y 169.

(2) Así también se ha reconocido como primer origen del *trust angloamericano* el antiguo *use*, en las que el antiguo terrateniente inglés ponía sus tierras «en uso» para lograr diversos fines, lícitos o incluso fraudulentos (KEETON, GEORGE W., *The law of trusts*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Ninth edition, London, 1968, pág. 21).

(3) VÁZQUEZ, HUMBERTO, «La institución del fideicomiso en el Derecho romano», en *JA*, 1999-III, pág. 1087.

lución posterior de la figura fiduciaria y su desarrollo fundamental en el Derecho de raigambre anglosajona (4) fue lo que permitió una revitalización del instituto e inserción en el Derecho continental latino (5).

Quizá uno de los principios esenciales en la legislación argentina reside en el artículo 15, ley 24.441 (que rige desde el año 1995). Este precepto dispone que los bienes fideicomitidos quedarán «exentos» de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

II. SISTEMA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO

Esta disposición sólo tiene sentido si se interpreta en relación al resto del sistema ideado por el legislador para el fideicomiso. Así, lo primero que debe tenerse en cuenta es la noción de patrimonio fiduciario o propiedad fiduciaria. La propiedad fiduciaria (en sentido lato) hace referencia a una propiedad revocable o temporal que, bajo la titularidad del fiduciario, es ejecutada en beneficio de un tercero (beneficiario) para transferirla a su fin al fideicomisario (art. 1, ley 24.441). Esta propiedad, si bien es ejercida por el fiduciario, constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art. 14, ley 24.441).

Esta idea de *separación patrimonial* logra una verdadera «impermeabilización» del fideicomiso que separa no sólo los bienes y derechos que conforman el activo fiduciario, sino también las deudas del fideicomiso: ni el fideicomiso (*rectius*: fiduciario en relación a los bienes fideicomitidos) responde por las deudas personales del fiduciario; ni el fiduciario responde por las obligaciones asumidas en la ejecución del fideicomiso (art. 16, ley 24.441).

En esencia, los patrimonios separados son «conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto

(4) Así se ha dicho que corresponde a México el haber iniciado, hace más de ochenta años, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del *trust* y de las *trust companies*. En efecto, a fines del año 1905, el entonces Secretario de Hacienda, señor José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de «agentes fideicomisarios», que no llegó a aprobarse (BATIZA, RODOLFO, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, Editorial Jus, México, 1995, pág. 82).

(5) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*, Abaco, Bs. As., 2004, pág. 389.

del resto del patrimonio» (6). En el caso del fideicomiso, importa la constitución de dos masas patrimoniales en cabeza de un mismo sujeto (el fiduciario), gozando ambos conjuntos de ciertos caracteres, tales como administración, composición, fines, etc.

El patrimonio fideicomitado, conformado por activo y pasivo, está afectado a la obtención de los *finés del fideicomiso* (art. 17, ley 24.441). En el logro de tales fines, el patrimonio sufre constantes mutaciones (propias de la dinámica de cualquier patrimonio).

Así, se producen incrementos en el activo o en el pasivo del fideicomiso. Los aumentos en el acto se producen, bien por la incorporación de bienes cuya transmisión se había obligado al fiduciante (art. 1, ley 24.441), o bien por la llamada «subrogación real», según la cual existe la posibilidad que si se dispone de un determinado activo fiduciario, el producido del mismo u otro bien equivalente ingrese al acervo fiduciario (art. 13, ley 24.441). También puede ingresar como frutos o productos de los bienes fideicomitados (art. 13, ley 24.441).

III. ACCIÓN COLECTIVA PERSONAL

Lo primero que destaca el artículo 15, ley 24.441, es que los bienes fideicomitados no pueden ser alcanzados por la «acción colectiva» de los acreedores del fiduciario. Básicamente, esta disposición es una consecuencia de la separación patrimonial: si existe separación patrimonial entre los bienes del fideicomiso y los personales del fiduciario, los efectos de las acciones colectivas no pueden alcanzarlos.

Cuando la ley 24.441 alude a *acción colectiva* (7) (art. 15, ley 24.441) se refiere básicamente al pedido de quiebra del fiduciario. Ello así, pues tanto el acuerdo preventivo extrajudicial (8) (art. 69 y sigs. LCQ) como el concurso preventivo (art. 5 y sigs. LCQ) —o, incluso, la quiebra convertida— (9) (arts. 90 y sigs. LCQ) sólo pueden ser instadas a pedido del propio deudor (esto es, con exclusión de los terceros).

(6) ENNERCERUS, LUDWIG, *Derecho Civil (Parte General)*, 13.^a revisión por HANS CARL NIPPERDY, trad. de la 39.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, Bosch, 1934, vol. I, pág. 614.

(7) Salvedad hecha de la incorrección técnica del término empleado.

(8) Ver: MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Ábaco, Bs. As., 2003, pág. 13.

(9) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., «Conversión de quiebra en concurso preventivo en la ley 24.522», en *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Doctor Efraín Hugo Richard* (Directoras: LAURA FILIPPI y MARÍA LAURA JUÁREZ), Ad-Hoc, Bs. As., 2001, t. II, pág. 1089.

La idea es clara: el desapoderamiento del artículo 107 LCQ, no comprende el patrimonio fiduciario, atento estar excluido por ley (art. 108, inc. 7 LCQ). La ley 24.441 ha procurado otra solución: la cesación del fiduciario como tal (art. 9, inc. *d*, ley 24.441) y el traspaso de los bienes fideicomitidos al fiduciario sustituto (art. 10, ley 24.441).

De otro lado, esta disposición referente a la acción colectiva debe conjugarse con el artículo 16, ley 24.441, que prohíbe taxativamente la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitido.

IV. SEPARACIÓN PATRIMONIAL Y DISTINTOS SUJETOS CONTRACTUALES

Sin perjuicio de ello, la norma parece redundante, pues se supone que si son *patrimonios separados*, la «separación» debe ser *real* y no meramente nominal o teórica. Una separación efectiva excluye cualquier atisbo que permita la confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fideicomitido. Pero el sentido de la exclusión (consecuencia del principio establecido en el art. 14, ley 24.441) tiene un matiz pedagógico: despejar cualquier duda de la impermeabilización patrimonial en acciones individuales y acciones de quiebra.

Asimismo, la separación patrimonial trae algunas consecuencias vinculadas con los acreedores de los distintos intervinientes del fideicomiso. Así, los posibles roles contractuales previstos por el ordenamiento de la ley 24.441, son: i) fiduciante; ii) fiduciario; iii) beneficiario; iv) fideicomisario. Para un análisis más adecuado, cabe escindir el análisis según la posición contractual que posea el deudor.

V. ACREEDORES DEL FIDUCIARIO

V.1. Principio esencial. Cabe distinguir entre los acreedores «personales» del fiduciario y los vinculados a la ejecución del patrimonio. La ley 24.441 ha sido expresa en esta idea: los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (art. 15, ley 24.441). En este sentido, y dada la separación patrimonial, los acreedores personales del fiduciario no pueden cobrarse de los bienes fideicomitidos; sólo pueden ejecutar los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario. En sentido concordante, el artículo 16, ley 24.441, dice que los «bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos».

Así, se ha dicho que si algún acreedor personal del fiduciario intentase ejecutar algún bien fideicomitado, éste deberá instar las acciones defensivas correspondientes, por ejemplo, el levantamiento de embargo sin tercería o la tercería de dominio (arts. 97 y sigs. CPCCN) (10).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que si el fiduciario, en su carácter de tal, causa un daño derivado de un delito o un cuasi delito, responderá también con su patrimonio personal si se dan los presupuestos de la responsabilidad en relación a su actuar. Ello con fundamento en la responsabilidad que en este caso deriva de su propio actuar, su propia culpa o negligencia (y ni qué hablar del dolo).

De otro lado, resultaría ilógico desligar de la relación de responsabilidad a quien si bien ocasionó el daño con culpa, revestía la condición de fiduciario. La sola condición de fiduciario no es suficiente para desligarlo de la responsabilidad subjetiva.

V.2. La cuestión en el ámbito tributario. En el ámbito tributario la cuestión no es muy clara. Esta separación de los patrimonios pierde nitidez por cuanto el fiduciario ha sido calificado como «administrador de patrimonio ajeno». En este sentido, se ha dicho (11) que la doctrina ha criticado la carencia de la ley 24.441 en incluir un tratamiento tributario integral del fideicomiso (12), ya que «el éxito o fracaso del desarrollo del fideicomiso está condicionado por su encuadre fiscal» (13).

El Decreto 780/95 intentó cubrir el vacío denunciado al reglamentar las facetas tributarias del instituto, al menos para el impuesto a las ganancias (arts. 10 a 12) y para el impuesto a los bienes personales (arts. 13 a 15). Si bien el patrimonio fiduciario no es persona, sí tiene personalidad fiscal y es sujeto pasivo de tributos (14).

(10) VÁZQUEZ, GRABRIELA ALEJANDRA, «El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-3 (fideicomiso), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 122.

(11) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 124, a quien seguimos en este punto.

(12) FRÖLICH, JUAN R. y ANDRADE, JORGE A., «Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios», en *Doctrina Tributaria*, núm. 194, Errepar, Bs. As., mayo de 1996, t. XVI, pág. 1001.

(13) MANTILLA, FERNANDO R., «Una introducción al fideicomiso», en *LL*, 1995-B, pág. 796.

(14) Sin embargo, por aplicación del principio de realidad económica (art. 2, ley 11.683), se sugirió marginar al patrimonio fiduciario en garantía de la posibilidad de atribuirle el rol de sujeto tributario (ver, en la jurisprudencia administrativa, el dictamen 20/96 DGI del 10-4-96 publicado en *BDGI*, 520, pág. 697, suscrito por DARÍO GONZÁLEZ). Acerca de los aspectos tributarios del fideicomiso, ver: MARTÍN, JULIÁN ALBERTO, *Seguritización. Fideicomiso. Fondos de inversión. Leasing. Tratamiento impositivo*, Bs. As., 1996, págs. 11 a 41; LITVAK, JOSÉ D., «Los aspectos tributarios de la nueva Ley 24.441 de Financiación de la Vivienda y la Construcción», en *La Información*, núm. 71 (1995),

Sin embargo, el fiduciario, por efecto de los artículos 10 y 13 del Decreto 780/95 y más tarde por la ley 25.063, ha sido encuadrado como *administrador de patrimonio ajeno* (art. 6, inc. e, ley 11.683, texto ordenado 1.998) y por tanto «responde con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo», salvo que demuestre «debidamente a la Administración Federal de Ingresos Públicos que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales» (art. 8, *ib.*) (15).

Esta atribución de responsabilidad personal y solidaria «se contradice abiertamente con lo previsto en el artículo 16 de la ley 24.441, que pone al patrimonio del fiduciario a salvo de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso» (16).

V.3. Patrimonio fideicomitido. Desde otra perspectiva, los acreedores personales del fiduciario que no tendrán derecho a cobrarse del patrimonio fideicomitido, sí podrán ejecutar sus acreencias en relación a la retribución y al crédito que el fiduciario tenga por los gastos de reembolso (art. 8, ley 24.441), a los fines de obtener el pago de lo adeudado, pago que debe respetar, entre otros, el principio de integridad (17). En efecto, y salvo que exista estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al pago de sus honorarios y a que le reembolsen los gastos que irrogó la administración del fideicomiso. Estos «derechos» son cuantificables patrimonialmente y son susceptibles de embargo.

Resulta obvio aclarar que si el fiduciario tiene derecho a dichos estipendios, pero ellos no se han fijado en el contrato, podrá concurrir al juez (o, también los acreedores por la vía del art. 1.196 del Cód. Civ.) a los fines de

pág. 1377; VENNERI, ARIEL, «Fideicomiso financiero inmobiliario. Una nueva alternativa de negocios en la Argentina. Caracterización. Principales aspectos impositivos y contables», en *Doctrina Tributaria*, Bs. As., 1996, t. XVII, pág. 321; FRÖLICH y ANDRADE, *Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios*, cit., pág. 997; SOLER, GUSTAVO H., «Fideicomiso común u ordinario», en *Impuestos*, 1996-B, pág. 2542; NELZI, FLAVIA; SCHNEIR, ALEJANDRA, y DÍAZ, VICENTE, «Conceptualización del sujeto tributario del negocio jurídico de fideicomiso. Aproximación doctrinaria y positiva», en *Doctrina Tributaria*, 1997, t. XVIII, pág. 5; DÍAZ, VICENTE, «Análisis tributario del negocio jurídico de fideicomiso. Aproximación doctrinaria y positiva», en *Impuestos*, 1997-C, pág. 3047; SOLER, OSVALDO H. y MORENO GURREA, JOSÉ, «Beneficios impositivos procedentes de fideicomisos financieros», en *Impuestos*, 1998-B, pág. 2134; FREIRE, *El fideicomiso*, cit., pág. 165. Cfr. VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 124.

(15) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 125.

(16) FRÖLICH y ANDRADE, *Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios*, cit., pág. 1014; VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 125.

(17) El principio de integridad traduce la idea de un pago completo; dicho de otro modo, permite incluir todo aquello que cuantitativamente ha sido programado en la obligación y está comprendido dentro de ella (DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1993, pág. 445).

la determinación de los mismos, según la índole de la encomienda y la importancia de los deberes (art. 8, ley 24.441).

VI. ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

VI.1. Derecho personal. El beneficiario es, valga la reiteración, aquél en cuyo beneficio el fiduciario ejerce el fideicomiso. En este sentido, así como el fiduciario ha asumido obligaciones en la ejecución del dominio fiduciario, el beneficiario, luego de la aceptación (art. 504 del Cód. Civ.), se ha constituido en titular de una serie de derechos emanados de la relación jurídica fiduciaria.

Estos «derechos» de los que goza el beneficiario son solamente crediticios o personales y no revisten naturaleza de derecho real. Así, mientras el producido de dichos bienes o sus frutos no se transmitan jurídicamente a los beneficiarios, éstos solamente tiene un derecho personal al cobro de estos derechos.

El único interviniente en el contrato de fideicomiso que goza de relación real con los bienes fideicomitidos (y sus subrogados reales) es el fiduciario. Ni el fiduciante, ni el beneficiario, ni el fideicomisario poseen derecho real sobre las cosas fideicomitidas.

Como consecuencia de ello, los acreedores del beneficiario no pueden cobrarse de los bienes fideicomitidos directamente (atento la ausencia de derecho real sobre esos bienes). Estos acreedores sólo pueden ejercer sus derechos sobre el crédito que el beneficiario tiene sobre el patrimonio fideicomitado. La cuestión no es baladí, pues en un caso el derecho de cobro podría ejercerse directamente, ejecutando los frutos del patrimonio fideicomitado y, en el otro, sólo podrá ejecutar el derecho que el beneficiario tiene sobre esos frutos.

El hecho de que el artículo 15, ley 24.441, haya establecido que los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos, no tiene la entidad suficiente para romper los esquemas jurídicos del sistema. En efecto, el giro de la norma ha sido erróneo, a tal punto que el artículo 1.572, Proyecto 1.998, en su parte final, aclara la cuestión: los acreedores del beneficiario y del fideicomiso sólo pueden subrogarse en los derechos de su deudor.

VI.2. Medidas cautelares. En esta idea, los acreedores del beneficiario (en el pleito individual por el cobro de la acreencia al beneficiario) pueden solicitar se trabase embargo sobre el derecho que el beneficiario tenga en un fideicomiso determinado. El oficio de embargo deberá presentarse al fiduciario a los fines que no abone el crédito por frutos al beneficiario y deposite a la orden del tribunal y en los autos referidos el importe correspondiente al embargo.

Mientras el fiduciario no liquide el crédito con el beneficiario, el acreedor del beneficiario tendrá derecho sólo sobre el crédito (18). Ahora bien, una vez que dichos frutos hayan sido liquidados, si el embargo ingresó con anterioridad a tal liquidación o a la efectiva recepción por parte del beneficiario, el acreedor del beneficiario tendrá derecho a cobrarse de tales bienes (19).

VI.3. Acción subrogatoria. Esta conclusión, si bien valedera, debe complementarse con otra medida que pueden tomar los acreedores del beneficiario para poder cobrar sus derechos de los frutos fiduciarios: la acción subrogatoria (art. 15, ley 24.441). Esta potestad debe complementarse con las disposiciones civiles referidas a esta acción (oblicua o subrogatoria) (20).

En este sentido, dice el artículo 1.196 del Cód. Civ., los acreedores (en este caso del fiduciario) pueden ejercer todas las acciones de su deudor, salvo las inherentes a su persona. En cuanto a las condiciones para la promoción de la acción oblicua existe conformidad doctrinaria en las siguientes:

- i) que el subrogante sea acreedor del subrogado;
- ii) que exista inacción del subrogado (beneficiario);
- iii) que tenga interés legítimo para actuar;
- iv) no requiere de autorización judicial.

(18) Dice VÁZQUEZ: «Una interpretación estrictamente literal del texto transcrito podría conducir a soluciones no queridas por el legislador. En efecto, los frutos de los bienes fideicomitidos integran el patrimonio separado y no pueden ser agredidos sino por los acreedores del fideicomiso; el acreedor del beneficiario no lo es. De manera que el precepto debe entenderse en el sentido de que el acreedor del beneficiario podrá ejercer su derecho “sobre los frutos de los bienes fideicomitidos” en la medida en que éstos constituyan la prestación del crédito del beneficiario, y sólo en el *quántum* y en los tiempos fijados en el negocio originario. En cambio, si el destino estipulado en el acto constitutivo (contrato o testamento) respecto de los frutos fuere otro, el acreedor del beneficiario estaría impedido de hacerlo» (VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 126).

(19) En este sentido, señala GIRALDI: «El derecho de los acreedores a cobrarse de los frutos depende de que tales frutos existan, siendo factible que los bienes puedan no producirlos o no producirlos en la cantidad suficiente (...) el beneficiario carece de un derecho inmediato y automático sobre los frutos, ya que éstos están afectados primeramente a los requerimientos propios del fideicomiso (gastos generales, impuestos, remuneración del fiduciario, etc.) debiendo entenderse que sólo participará de las ganancias netas y no de las entradas brutas» (GIRALDI, PEDRO M., *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 114).

(20) PIZARRO, RAMÓN DANIEL y VALLESPINO, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, 1999, t. 2, pág. 313; CRISTOBAL MONTES, ÁNGEL, *La vía subrogatoria*, Tecnos, Madrid, 1995; MAZEAUD, H. L. J.; CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie générale*, 7.^a edic., 1985, t. II. vol. I, pág. 1025; LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 1967, Abeledo-Perrot, t. I, pág. 493; MAYO, JORGE A., en *Cód. Civ. y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (BUERES, ALBERTO J., dir.; HIGHTON, ELENA I., coord), Hammurabi, 1999, t. 3 c, pág. 26; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 100.

Por ello, si sólo está pendiente la liquidación de los frutos del fideicomiso (previo pago de los gastos y honorarios del fideicomiso), el beneficiario tendrá derecho para cobrar dicho crédito. Luego, si existe inacción por parte del beneficiario, cualquier acreedor del beneficiario podrá subrogarse en tales derechos, emplazando al fiduciario a que cancele, previa liquidación, el crédito que el beneficiario tiene contra el fideicomiso y rinda cuentas de su gestión (art. 7, ley 24.441).

Pero cabe advertir que el gran problema que tiene la acción subrogatoria es que para que el beneficiario (o sus acreedores) tengan derecho a reclamar los frutos, los mismos deben estar liquidados.

Sólo después de que se han devengado los estipendios profesionales del fiduciario y se han cancelado todos los gastos generados por la actuación, el fiduciario deberá dividir a prorrata (o según como se haya pactado en el contrato) entre todos los beneficiarios. Sólo en este momento se produce la concretización del crédito. El crédito existía, pero no el *quantum*. Y, para más, había posibilidad que el mismo sea de cuantificación igual a cero.

No obstante ello, y hasta tanto se liquide el crédito del beneficiario, sus acreedores tienen las acciones conservatorias correspondientes. Así, el artículo 546 del Cód. Civ. establece que pendiente la condición, «el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos».

VII. ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO

La ley 24.441 ha guardado un absoluto vacío en relación al fideicomisario. Más ello no ha sido óbice para que el ordenamiento (ora el específico, ora el general) confiera una solución al tema.

El fideicomisario sólo tiene un derecho creditorio «condicional» sobre los bienes fideicomitidos; derecho que se encuentra sometido a la condición del fideicomiso. Sólo al término de dicho contrato (por cumplimiento de la condición o plazo, por revocación del fiduciante, si así se hubiere pactado o por cualquier otra causal —art. 25, inc. c, ley 24.441—) dicho derecho se consolidará (o dejará de existir) y el fideicomisario tendrá derecho a reclamar al fiduciario la entrega del residual del fideicomiso.

Por ello, los acreedores del fideicomisario sólo pueden cobrarse del derecho que el fideicomisario tiene sobre tales bienes, más no de tales bienes hasta que no se haya operado la mentada transmisión.

También cuentan con la acción oblicua (art. 1.196 del Cód. Civ.) para ejercer las acciones que la corresponden al fideicomisario ante su inactividad. Si bien esta facultad no está contemplada de manera expresa en la ley 24.441, ello surge del ordenamiento general o bien de una aplicación analógica

(art. 16 del Cód. Civ.). Así también lo contempló el Proyecto 1.998, cuando en su artículo 1.572 equipara al beneficiario y al fideicomisario.

VIII. ACREEDORES DEL FIDUCIANTE

VIII.1. Regla general. El fideicomiso constituye un patrimonio de afectación «separado» del patrimonio del fiduciante (y del fiduciario) (art. 14, ley 24.441). Por ello, y atento la tajante división patrimonial, los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fideicomitado. Dice textualmente el artículo 15, ley 24.441: tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, *quedando a salvo la acción de fraude*.

Los acreedores del fiduciante no tendrán ningún derecho sobre el activo fideicomitado, atento que dichos bienes salieron definitivamente del dominio o propiedad del fiduciante. Que se trate de un dominio fiduciario (y por ende temporal) no alcanza para detener los efectos de la enajenación. De otro lado, la revocabilidad del dominio fiduciario beneficia a un tercero (beneficiario o fideicomisario) que si bien puede coincidir con el mismo fiduciante, puede no hacerlo (arts. 1 y 2, ley 24.441).

Esta separación patrimonial, si bien entre partes (fiduciante y fiduciario) opera desde el momento de la constitución del fideicomiso, frente a terceros (v.gr., acreedores del fiduciante) opera sólo cuando se hayan cumplido las formalidades requeridas según el tipo de bienes para transmitir la propiedad (arg. art. 12, ley 24.441). Así, en caso de inmuebles, se exige, además del título y modo, la inscripción en el registro respectivo (art. 2.505 del Cód. Civ.).

Hasta tanto no se produzca dicha inscripción (u otras formalidades para la transmisión de derechos reales), los acreedores del fiduciante pueden «agredir» el patrimonio del fideicomiso (que no es del fideicomiso, pues no se ha inscrito). En esencia, lo que pueden ejecutar es el patrimonio del fiduciante que aún no se ha transferido al fiduciario. Una vez operada la transmisión, los acreedores del fiduciante no podrán cobrarse de tales bienes.

VIII.2. Acción de fraude. Pero la ley 24.441 ha incorporado una excepción al principio de no agresión del patrimonio fideicomitado: la acción de fraude. La primera duda que se suscita se vincula con la extensión conceptual del giro lexicográfico empleado por el artículo 15, ley 24.441. Más concretamente si esta noción abarca sólo la acción de fraude o pauliana del artículo 961 y sigs. del Cód. Civ., o si abarca otras acciones como la de simulación (arts. 955 y sigs. del Cód. Civ.), la revocatoria (art. 119 y sigs. LCQ), la ineficacia de pleno derecho (art. 118 LCQ), la de fraude del artículo 1.298 del Cód. Civ., etc.

La doctrina ha señalado que «cuando la ley 24.441 se refiere en su artículo 15 a la “acción de fraude” no sólo comprende a la acción pauliana del

Cód. Civ. (arts. 961 y sigs. del Cód. Civ.), sino que también abraza a las ineficacias contempladas en los artículos 118 y 119 de la Ley Concursal 24.522, en las que el fraude se presume. Así, el fideicomiso constituido por un fiduciante luego fallido puede ser declarado inoponible, aun de oficio, si aquél ha comportado un acto a título gratuito; un pago anticipado de deudas cuyo vencimiento, según el título, debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; o la constitución de una preferencia» (21), como si se hubiera constituido un fideicomiso en garantía respecto de una obligación no vencida que originariamente no tenía esa cualidad (22). Así se agregó que también el fideicomiso podrá ser declarado inoponible a la masa si, como lo establece el artículo 119 LCQ, fue otorgado en el período de sospecha y quien celebró el acto con el fiduciante fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos (23).

Asimismo agrega VÁZQUEZ: el texto legal omite toda referencia expresa a otros supuestos de ineficacia (24). Piénsese que el acto de transmisión fiduciaria podría padecer alguna otra especie de imperfección, por defectos en sus elementos sustanciales u operativos. En torno a su sustancia, podría tratarse de un negocio nulo por un vicio en la voluntad (v.gr., por error, dolo, violencia, etc.), lesivo, simulado, o sin autoría del legitimado. Y en relación con su operatividad o funcionalidad, podría tratarse de un acto irrelevante (v.gr., la transmisión operada con omisión del asentimiento conyugal no titular —art. 1.277 del Cód. Civ.—) o que sirva de marco para subyacentes donaciones o legados que afecten la legítima de los herederos forzosos, inoponibles a éstos (arts. 1.830, 3.476, 3.477, 3.601, 3.602 y 3.955 del Cód. Civ.) (25).

Por ello, concluye que el silencio de la ley 24.441 no implica que la transmisión fiduciaria no pueda ser impugnada por tales defectos, ya que el fideicomiso no es ajeno a los principios generales del sistema. No pueden

(21) ALTERINI, JORGE HORACIO; CORNA, PABLO MARÍA; ANGELANI, ELSA BEATRIZ, y VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA, «La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra», en *La Ley*, Bs. As., 2.000, pág. 43.

(22) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 119.

(23) ALTERINI, CORNA, ANGELANI y VÁZQUEZ, *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra*, cit., pág. 43.

(24) Y dice: utilizamos la terminología ineficacia en su concepción amplia: «Cuando nos referimos a la ineficacia lo hacemos en forma genérica respecto de todas las imperfecciones que pueden presentar los actos; aludimos tanto a los actos cumplidos o consumados, que no llegaron a ser jurídicos por carecer de requisitos sustanciales, como a los actos jurídicos que, aun cuando sean completos sustancialmente, no llegan a tener operatividad como tales. Es decir, que “ineficacia” es el género, mientras que las imperfecciones de nulidad, la resolución, la rescisión, la revocación, la inoponibilidad, etc., son especies del género» (ALTERINI, JORGE HORACIO; CORNA, PABLO MARÍA; ANGELANI, ELSA BEATRIZ, y VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA, «Teoría general de las ineficacias», en *La Ley*, 2000, pág. 11).

(25) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 120.

vulnerarse los límites del orden público plasmados en el artículo 21 del Cód. Civ. En consecuencia, el fideicomiso es pasible de impugnación con fundamento en las restantes causales de ineficacia de que puede adolecer el negocio fiduciario (26).

Compartimos la opinión de esta destacada autora. En efecto, si bien la excepción alude solamente a la acción de fraude o pauliana, pensamos que tal restricción se riñe con una interpretación del ordenamiento jurídico en su integralidad. Que la acción de fraude se permite a los acreedores del fiduciante, no quedan dudas. Siempre, por supuesto, que se cumplan los requisitos del artículo 962 del Cód. Civ., cuales son:

- i) que el crédito de quien intenta la acción pauliana sea de fecha anterior al negocio jurídico impugnado;
- ii) que haya causado perjuicio a los acreedores;
- iii) si el negocio ha sido a título oneroso es preciso que haya mediado fraude y complicidad del acreedor.

Ahora bien, la cuestión a determinar es si se admiten otras acciones, tales como la de nulidad, la simulación, inoponibilidad, etc. Lo primero que cabe señalar es que tales acciones no están prohibidas por la ley 24.441. Al contrario, la ley 24.441 se integra y complementa con el resto del sistema jurídico y se nutre de las directrices fundamentales.

Aún más: así el artículo 15, ley 24.441, no hubiese incluido expresamente la excepción de la acción de fraude, esta posibilidad se mantendría viva por aplicación de la parte general del Cód. Civ. Ante el silencio de la *lex specialis*, mantiene vigencia la *lex generalis*, en cuanto no está modificado por el texto específico.

El fideicomiso es un supuesto *especial* dentro de la regulación *general* del contrato. Por ello, se trata de una norma más específica, *lex specialis*, enmarcada dentro de una *lex generalis*, que en este caso es la normativa destinada a regular el sistema de los contratos (que, a la vez, se enmarca en la teoría general del acto jurídico —art. 944 y sigs. del Cód. Civ.—). La segunda de las normas jurídicas (*lex generalis*) se refiere a una cierta área de la realidad, mientras que la primera (fideicomiso) sólo se refiere a una parcela más limitada de esa misma realidad.

Lex specialis derogat generali (o *speciali generalibus derogant*), como señala el brocardio romano, es perfectamente aplicable a la cuestión. Más, como lo aclaraba el francés FABREGUETTES, con respecto a los brocardicos, se recomienda su utilización sólo después de un examen detallado de las circunstancias del caso, para verificar que la cuestión considerada sea abso-

(26) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 121.

lutamente semejante, en todos sus aspectos, al que la regla ha querido contemplar (27).

Dicha regla no sólo implica que en el supuesto específico prevalecerá la ley especial, sino que también significa que, en ausencia de normativa específica, se aplicará subsidiaria y supletoriamente la *lex generalis* (28).

Analizando tal regla desde un punto de vista lógico, no existe incompatibilidad alguna. Aplicando dicha regla a nuestro ejemplo, decimos que el «fideicomiso» es un supuesto especial (*lex specialis*) con respecto al «contrato y al acto jurídico» (*lex generalis*); y por ello prevalece todo lo dispuesto detalladamente en la ley 24.441 a la normativa general destinada a regular los contratos. Pero, en caso de insuficiencia o vacío normativo del fideicomiso, se produce «una nueva remisión» a las normas regulatorias de los concursos preventivos en general.

Como se adelantara *supra* en la primera pauta, no existe incompatibilidad desde el punto de vista lógico. Una norma, *lex specialis*, se refiere a una situación de hecho específica, mientras que la otra norma (ley general) se refiere a una situación de hecho descrita en términos más generales. Entonces, la regla general, en este caso la regulación del fideicomiso, se aplica a todas las especies del género, *excepto* en las partes específicamente reguladas por la norma especial.

La dificultad del intérprete al afrontar este tipo de situaciones es, por lo tanto, no un problema lógico concerniente a la aplicación de ambas normas jurídicas, sino un problema relacionado con la *extensión lógica de la excepción*.

Por razones que nada tienen que ver con la lógica sino con los valores jurídicos involucrados en el caso, el intérprete puede considerar justificada la extensión de la excepción a casos a los que la *lex specialis* no se refiere expresamente, o puede decidir, por el contrario, interpretar la excepción en el sentido más estrecho posible (29). En este campo tiene un rol protagónico el *análisis de la axiología y tradición del instituto*, la voluntad del legislador al sancionar la norma en cuestión, etc. En síntesis, las normas generales de los contratos realzan su vigencia en las situaciones de vacío normativo del instituto particular (fideicomiso).

De otro lado, la intención de la ley 24.441 fue establecer que tal principio de separación patrimonial no es tan inquebrantable como parecía. En efecto, expresamente incluyó una excepción como una forma de abrir las posibilidades impugnativas del negocio fiduciario. Además, resulta inconcebible exigir al legislador tanta minuciosidad en contemplar todos y cada uno de los su-

(27) FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 1914, pág. 195, núm. 1.

(28) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Concurso preventivo del garante. Ley 24.522. Teoría y práctica*, Depalma, Bs. As., 2000, pág. 55.

(29) CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, «Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales», en *LL*, 3-11-99, pág. 4.

puestos que permiten las acciones de los acreedores. Desde otra óptica, para interpretar que la verdadera intención del legislador fue excluir cualquier acción que no sea la de fraude, debió asumir el camino inverso y proscribir las demás acciones (simulación, inoponibilidad, nulidad, etc.).

Asimismo, y atento que se trata de un instituto que restringe un derecho o posibilidad impugnativa, debe interpretarse restrictivamente, siempre bregando por la subsistencia de tal derecho. En caso de duda, la vigencia de la protección de un derecho debe mantenerse. Por ello, el argumento *a contrario* (que es el único argumento fuerte para sostener la imposibilidad de acudir al resto de las acciones de todo el ordenamiento) atento su tenor restrictivo (30). Además, pues justamente contradice toda una gama de posibilidades expresamente previstas en el sistema.

Desde otra óptica, la interpretación restrictiva contradice la axiología del instituto y la lógica interna del sistema. Así, se opone a principios claves y rígidos del ordenamiento jurídico, tales como el orden público (art. 21 del Cód. Civ.), la moral, las buenas costumbres, etc. (art. 953 del Cód. Civ.), la prohibición del abuso del derecho (art. 1.071 del Cód. Civ.), la buena fe (art. 1.198 del Cód. Civ.), etc. Estos cartabones no sólo son inderogables, sino que cimientan (desde la Constitución nacional misma) las bases de un sistema jurídico. Así, aun antes de la reforma solidarista del año 1968 (ley 17.711), cuando el sistema tenía unas pocas normas rudimentarias centrales (tales como el art. 953 o el art. 21 del Cód. Civ.), la jurisprudencia y, principalmente la doctrina, impusieron su sello y evitaron situaciones incongruentes con un esquema justo de distribución de los derechos.

Además, se caería en el absurdo de generar una única excepción a todos los actos jurídicos. Gráficamente se podría decir: todos los actos jurídicos están sometidos a la teoría general del acto jurídico (y sus derivados, lesión, simulación, fraude, nulidad, inoponibilidad, etc.), menos el fideicomiso, que sólo puede ser atacado por fraude. Si el acto constitutivo tiene un defecto de origen interno o externo no importa. Sólo fraude. Por ello, si existen dos alternativas posibles, una de las cuales conduce a resultados absurdos, debe preferirse la que combine con el sistema jurídico general.

IX. SUPERPOSICIÓN DE ROLES

IX.1. Reales posibilidades de los acreedores. En caso de que exista superposición de roles (esto es, que el fiduciante ocupe la posición jurídica

(30) ANDRUET (H), ARMANDO S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alve-roni, 2001, pág. 279.

del beneficiario y fideicomisario), los acreedores de éste podrán cobrarse en la misma forma expresada anteriormente.

Incluso podrán acumular sus posibilidades: así, el acreedor del fiduciante (que a la vez es beneficiario y fideicomisario) podrá no sólo iniciar las acciones de fraude o simulación que correspondan (en caso que la transferencia fiduciaria engarce en estos supuestos) sino que podrá cobrarse de los réditos que se devenguen al beneficiario y del derecho al residual del fideicomisario (art. 26, ley 24.441).

En esta idea, si el fiduciante —a los fines de defraudar a sus acreedores— transfiere la propiedad fiduciaria al fiduciario y se autodesigna beneficiario y fideicomisario, sus acreedores, si bien podrán optar por la acción subrogatoria (acción de prueba diabólica), también podrán embargar y ejecutar los derechos que le correspondan como beneficiario y fideicomisario.

IX.2. Ejemplificación. Un ejemplo aclarará la cuestión: supóngase un fideicomiso de acciones en el cual el accionista (fiduciante) transfiere la propiedad fiduciaria de la acción al fiduciario y se reserva los beneficios patrimoniales de las acciones (beneficiarios), pudiendo volver a gozar de la titularidad plena al término del fideicomiso (fideicomisario). Los acreedores del accionista, si bien no podrán agredir directamente el patrimonio fideicomitado (arg. art. 14 y art. 15, ley 24.441), podrán embargar los dividendos que generen los títulos y los derechos que el accionista pueda tener como fideicomisario. En esta inteligencia también podrán subrogarse en sus derechos (art. 15, ley 24.441).

CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
Abogado

ABREVIATURAS MÁS USADAS

CACCom.:	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.
CNACCorr.:	Cámara Nacional Civil y Comercial Correccional.
CNCiv.:	Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal.
CNCom.:	Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal.
Cód. Civ.:	Código Civil.
Cód. Com.:	Código de Comercio.
Concs.:	Concordancias.
CPCCN:	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
CPCCCba.:	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.
ED:	El Derecho.
JA:	Jurisprudencia Argentina.

LL:	La Ley.
LLBA:	La Ley Buenos Aires.
LLC:	La Ley Córdoba.
LIVA:	Ley de Impuesto al Valor Agregado.
LPR:	Ley de Prenda con Registro.
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
SCJBA:	Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.
TSJCba.:	Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.
LCQ:	Ley de Concursos y Quiebras.
LC:	Ley de Cooperativas.
LS:	Ley de Seguros.
LSC:	Ley de Sociedades Comerciales.
CN:	Constitución Nacional.
LDC:	Ley de Defensa del Consumidor.
RDCO:	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.
RDPC:	Revista de Derecho Privado y Comunitario.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.

La anotación preventiva de embargo y la prelación de los créditos tributarios

SUMARIO: I. LA PRELACIÓN GENERAL QUE TENÍAN LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS.—II. ESA PRELACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1995.—III. POSTURA MANTENIDA POR EL AUTOR SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—IV. LA PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA LEY DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003.—V. CARÁCTER DE ESA NUEVA PRELACIÓN.—VI. SI CABE APLICAR EL NUEVO SISTEMA A LOS CRÉDITOS DE PARTICULARES.—VII. LA COLISIÓN CON LA ADQUISICIÓN ANTERIOR.

I. LA PRELACIÓN GENERAL QUE TENÍAN LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS

Hace ya años, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario* que el Instituto de Estudios Fiscales editó en 1979, abriendo el Tomo II aparecía un trabajo del que esto escribe sobre la prelación general de los créditos tributarios (el art. 71 de la LGT).

Conforme a dicho artículo, «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro, con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley».

Complemento de este precepto era lo ordenado en el artículo 132 de dicha Ley. «El Estado, las provincias y los municipios tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria».

Conforme a este artículo 44, «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil». El número 2 del artículo 42 se refería a la anotación preventiva de embargo.

Finalmente el artículo 1.923 del Código Civil, al tratar de la preferencia con relación a determinados bienes inmuebles del deudor, establece en el número 4: «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores».

Al comentar el artículo 71 de la LGT en aquella lejana fecha, decíamos que frente al crédito tributario habían de prevalecer los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad con anterioridad a haberse consignado en éste el derecho de la Hacienda Pública.

Añadíamos también que respecto a los adquirentes del dominio (y pese al tenor literal del art. 71), los mismos serían preferidos frente al crédito de la Hacienda, aun cuando su adquisición, de fecha cierta anterior al embargo del fisco, no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad. Por ello triunfaría la tercería de dominio de esos adquirentes.

Finalmente se destacaba que frente al crédito tributario no podría prevalecer el crédito anotado preventivamente de un particular, aunque figurara en el Registro de la Propiedad antes que el derecho de la Hacienda. Y ello porque el privilegio de ésta no era de fecha sino de naturaleza.

Esto es lo que se desprendía del citado artículo 71. No obstante, el privilegio podía resultar excesivo; y se terminaba aquella colaboración con la indicación de ciertas sugerencias para suavizar algún tanto esa prelación frente a los créditos anotados de los particulares.

II. ESA PRELACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1995

Dicha suavización vino por vía jurisprudencial. Y para ello la Sala Primera del TS se valió de la referencia que el artículo 132 de la LGT hacía al 44 de la Ley Hipotecaria. Por este procedimiento, la prelación tributaria quedaba destituida si con anterioridad a su anotación en el Registro había accedido a éste el embargo que garantizaba el crédito del particular.

La intención pudo ser plausible, pero no el camino seguido, que prácticamente venía a dejar inoperante el régimen privilegiado del artículo 71 de la LGT.

Esa jurisprudencia fue corregida por vía legislativa. Así ocurrió con la reforma por Ley de 20 de julio de 1995. El artículo 71 de la LGT no se tocó.

Pero aquel artículo 132 pasó a ser ahora el apartado 2 del artículo 134 con esta otra redacción:

«Si los bienes embargados fueren inscribibles en un Registro Público, la Administración Tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por funcionario del órgano competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo. La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 71 de esta Ley».

Se suprimía así aquella paradoja de que el crédito de la Hacienda empeoraba de condición al ser anotado. Y se volvía al criterio ortodoxo de que la prelación del fisco no era de fecha sino por la naturaleza del propio crédito. Frente a éste no podrán prevalecer los anotados por los particulares. Solución pues ortodoxa, aunque excesivamente dura.

III. POSTURA MANTENIDA POR EL AUTOR SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Cambiamos ahora de protagonista y vamos a referirnos a la anotación preventiva de embargo, que era el otro miembro del título dual de esta colaboración.

También en cuanto a esa figura hemos de remitirnos a nuestro trabajo que apareció en la *RCDI*, número 620 en el año 1994, con el título: «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?» Con ocasión de las novedosas Resoluciones de la DG de 6-9-1988 y 23-3-1993, allí manteníamos la doctrina tradicional sobre tales anotaciones. Es decir, que no tenían preferencia sobre los créditos anteriores y menos aún frente a los adquirentes anteriores del bien, aunque no hubieran inscrito antes de la anotación.

Allí indicábamos que no era óbice a esa conclusión la redacción que el Real Decreto de 13-11-1992 dio a la regla 2.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Y es que las cuestiones sustantivas de prelación de derechos no pueden solventarse por una norma reglamentaria.

Es curioso que en la legislación hipotecaria que edita McGraw Hill, 2.^a edición y anotada por CUADRADO IGLESIAS y GÓMEZ GÁLLIGO, al tratarse de esa regla 2.^a del artículo 175, modificado en 1992 para dar más eficacia a la anotación preventiva de embargo, se diga que se aplicó así el artículo 1.927, regla 2.^a del Código Civil y el criterio de la Resolución de 23-3-1993 antes mencionada. Pero se añade que tal reforma está en contradicción con el artículo 1.518 de la LEC, que sólo habla de «inscripciones de gravamen» y de

«los posteriores», mas no de inscripciones de dominio en base de enajenaciones anteriores.

Por lo demás en todo ese tema, forzoso es remitirnos a aquella colaboración publicada en 1994. Pero la anotación preventiva de embargo requirió otra vez nuestra atención.

Y ello lo motivó la trascendental nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Así en el número 665 de la *RCDI* del año 2001, apareció nuestra colaboración con el título: «La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?»

Frente a la opinión contraria de algún autor y tras la debida interpretación de los artículos 587, 594 en su apartado 1, y 674 en su apartado 2 del nuevo texto procesal, llegábamos a la conclusión de que la eficacia fundamental que a tal anotación atribuye nuestro Código Civil no había experimentado modificación. La ley procesal era respetuosa con la sustantiva, que es donde habían de resolverse esos problemas.

Por supuesto que en este particular hemos de remitirnos íntegramente a lo publicado en el 2001, pues no es cosa de repetir lo ya expuesto.

Bien es verdad que en la misma Revista y en el número 679 de septiembre-octubre de 2003, aparece el artículo de BUSTOS PUECHE sobre «El sujeto beneficiario de protección registral». En el tema de la colisión entre la anotación preventiva de embargo y la adquisición anterior, en aplicación de la doctrina sobre la apariencia jurídica, se inclina por dar preferencia al embargo anotado. En todo caso, como la normativa considerada era fundamentalmente la nueva LEC, nos remitimos íntegramente a lo que ya habíamos defendido en nuestro trabajo del año 2001.

IV. LA PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA LEY DE 17-12-2003

En definitiva habíamos mantenido que el problema de preferencia de derechos quien tenía que resolverlo era la norma sustantiva y no la reglamentaria o la procesal. Y eso es lo que ha ocurrido con relación a los créditos tributarios.

En efecto, en el *BOE* del 18-12-2003 aparece la Ley 58 de ese año, de fecha 17-12, que es la General Tributaria. La prelación general de los créditos tributarios figura hoy en el artículo 77. Su contenido es prácticamente el mismo que el del antiguo artículo 71, aunque termina diciendo «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley». Estos últimos se refieren a la hipoteca legal tácita y a la afección de bienes, de los que no vamos a tratar.

La innovación fundamental está en lo que fue el artículo 132 y luego el artículo 134, apartado 2 de dicha Ley. Ahora ese contenido ha pasado al

artículo 170 sobre la diligencia de embargo y anotación preventiva; y concretamente al apartado 2. En tan importante apartado podemos distinguir tres partes.

La primera coincide básicamente con lo que decían los anteriores artículos 132 y 134 sobre el derecho a obtener la anotación preventiva y el valor que a ésta se concede.

La parte segunda es de tipo procedimental. Se refiere a que se pida la certificación de cargas de los bienes y a que, una vez expedida, esto se haga constar por nota marginal. Y después a la notificación que de ese embargo se debe hacer a los titulares de otras cargas. En definitiva, es traslación de lo que ocurre en la ejecución procesal civil.

La novedad está en la tercera parte de ese apartado 2 del artículo 170. «La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo».

Novedad trascendental es ésta, puesto que innova radicalmente lo que se había establecido en la ley de reforma de 1995. Pero curiosamente en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Tributaria no hay referencia expresa a tal innovación. Con ésta se viene a aceptar aquella jurisprudencia suavizadora del TS y algunas sugerencias de la doctrina.

V. CARÁCTER DE LA NUEVA PRELACIÓN

Con la ley actual la prelación general de los créditos tributarios puede decirse que ha cambiado de naturaleza. La postura ortodoxa que se derivaba del artículo 71 de la Ley de 1963 es que estábamos ante créditos cuyo privilegio no radicaba en el tiempo o prioridad sino en la naturaleza. Porque frente a esos créditos podían prevalecer los derechos reales inscritos, pero no las obligaciones puramente personales.

En cambio ahora cabrá decir que estamos ante una preferencia condicionada. Porque la misma sólo tiene realidad si la Administración Tributaria entabla la correspondiente tercería de mejor derecho. En otro caso, desaparece aquella preferencia y se está al criterio temporal: esto es, al orden registral de las anotaciones de embargo. En definitiva, es dar entrada o juego al artículo 1.927 del Código Civil.

En tal sentido, cuando el artículo 164 de la nueva Ley General Tributaria, al regular la concurrencia de procedimientos, en el apartado 1 deja a salvo el orden de prelación que para el cobro de los distintos créditos viene establecido por la Ley en atención a su naturaleza, hay que entender que no es sólo la naturaleza lo que puede ser decisivo, sino también aquellas otras circuns-

tancias o requisitos establecidos en la misma Ley. Y uno de ellos puede ser el haber interpuesto oportunamente la tercería de mejor derecho a que se refiere el artículo 170.

Cabría decir que el carácter condicionado del privilegio de los créditos tributarios también se daba en la regulación anterior. Puesto que, aunque fueran preferentes a todos los créditos personales de terceros, si éstos estaban anotados en el Registro de la Propiedad, la forma normal de ejercitar Hacienda la preferencia en un proceso de ejecución era mediante la tercería de mejor derecho.

Pero no siempre se estaba ante ese caso. Porque pudiera ser que esa ejecución la promoviera otro crédito con clara preferencia (por ejemplo, uno hipotecario) y que después, por orden de anotación, figurara primero el crédito personal de un particular y tras él el de la Hacienda. No se estaba pues ante la típica tercería, sino frente al reparto del sobrante tras cobrar el crédito hipotecario.

La vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995 regula el supuesto de que en concurrencia de ejecuciones no hubiera bastante para que todos los créditos laborales cobren la totalidad. Y se instaure un sistema de reparto proporcional. El tema lo regula en los artículos 268 al 272.

MONTERO AROCA, al comentar tal Ley de 1995, admite que junto a esos créditos laborales puede concurrir otro de naturaleza distinta, al que no afectaría aquel criterio del reparto proporcional. Y ese crédito concurrente bien podría ser de la Hacienda Pública.

Pues bien, el artículo 269 de aquella Ley prevé que en esos supuestos algún acreedor concurrente alegara preferencia para el cobro. Y en los artículos posteriores se regula el procedimiento a aplicar en tal caso, hasta terminar por auto judicial.

Podía entenderse que todo ello es sólo para cuando esa preferencia la alegan los acreedores laborales. Pero el artículo 268, cuando sienta el principio de reparto proporcional en caso de insuficiencia, añade que eso será «con respeto, en todo caso, a las preferencias de créditos establecidos en las leyes». La referencia es pues a todas las leyes; y dentro de éstas puede estar la General Tributaria.

En tal caso no es lo mismo la preferencia absoluta que establecía el antiguo artículo 71 de la Ley General Tributaria que la condicionada que ahora se deriva del artículo 170 de la nueva Ley. De ahí que hayamos podido decir que el privilegio general del crédito tributario ha cambiado de naturaleza. Si no totalmente, al menos de forma bastante apreciable.

Por ello, el artículo 77 de la Ley, que regula el derecho de prelación general de los créditos tributarios y que en la parte final del apartado 1 deja a salvo lo establecido en los artículos 78 y 79 (sobre hipoteca legal tácita y afección de bienes), para que fuera exacto tendría que añadir que también esa

prelación era sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 170, esto es, de la necesidad de acudir a la tercería de mejor derecho. Porque sin ello desaparece la prelación.

Desde aquel momento de máxima garantía que supuso la Ley de Reforma de 1995, los créditos tributarios han experimentado una clara minusvaloración. Primero de tipo cuantitativo, cuando la reciente Ley Concursal ha reducido en porcentaje el carácter privilegiado de esos créditos en los procedimientos concursales. Y ahora de tipo cualitativo, cuando la Ley General Tributaria establece ese importante condicionamiento en su artículo 170.

No obstante, hay que decir que esta última restricción no encuentra objeción legal, puesto que se ha introducido en una norma del mayor rango y no por reglamento; y además porque se trata de una norma sustantiva y no procesal. Aunque sea ley limitada a ciertos créditos, como son los tributarios, los cuales, ciertamente, no son de poca importancia por su generalidad y extensión.

VI. SI CABE APLICAR EL NUEVO SISTEMA A LOS CRÉDITOS DE PARTICULARES

La pregunta que surge entonces es la de si una modificación semejante a la expuesta no podría introducirse en general para los créditos de los particulares garantizados con anotación preventiva. De un lado cabe decir que la restricción de interponer la tercería de mejor derecho es más tolerable para la Hacienda Pública, que cuenta con una poderosa organización jurídica a su servicio y a la que poco cuesta instar esas actuaciones procesales. Pero por otra parte, si ese condicionamiento se ha introducido para los créditos tributarios, que siempre han gozado de especial protección, no parece excesivo que el mismo sistema se instaure para los créditos de los particulares debidamente anotados.

En tal sentido el artículo 1.923 del Código Civil, cuando en el número 4 otorga preferencia a los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores, tendría que añadir algo parecido a esto: «No obstante, los titulares de créditos anteriores para gozar de preferencia sobre el anotado habrán de interponer la correspondiente tercería de mejor derecho. De no hacerlo así, se estará al orden de las anotaciones indicado en el artículo 1.927, regla 2.^a de este Código».

Con ello se vendría a revitalizar tal artículo 1.927, como en su momento mantuvo una parte de la doctrina. De otro lado, en el artículo 170 de la Ley General Tributaria y también en la redacción que hemos propuesto para el 1.923 del Código, se sobreentiende que el crédito que ha de acudir a la

tercería de mejor derecho es el que registralmente no tiene prioridad sobre aquel otro al que pretende adelantar. Porque de estar anotado antes, sobra toda prevención. Y también se sobreentiende que en ambos casos triunfaría la tercería.

VII. LA COLISIÓN CON LA ADQUISICIÓN ANTERIOR

Queda entonces por plantear el tema clásico de la colisión entre la anotación preventiva de embargo y la adquisición anterior aunque no inscrita oportunamente. Cuando en 1973 comentábamos la prelación general de los créditos tributarios, en un momento en que la legislación era verdaderamente pro fisco, ya decíamos que esa anotación de Hacienda no podía triunfar frente a una adquisición anterior aunque ésta no estuviera inscrita o fuera registrada con posterioridad.

Si eso lo habíamos mantenido para las anotaciones de créditos tributarios, no puede extrañar que cuando en 1994 nos ocupamos de la anotación de embargo a favor de particulares defendiéramos la misma opinión tradicional. Esto es, que tal anotación no podía prevalecer frente al adquirente anterior. El argumento fundamental es que el embargo puede recaer sobre los bienes del deudor, pero no sobre los de otra persona distinta que no tiene deuda alguna y cuya mala fe no se debe presumir.

Es más, cuando aparece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en el trabajo citado de principios de 2001, volvíamos a defender aquella conclusión. Pues no era propio de una ley procesal el resolver una cuestión de prelación de derechos de la envergadura de la indicada. Otra cosa es la que modificara el Código Civil.

Además en este tema tenía una fuerza enorme la consideración expuesta por JOSÉ MANUEL GARCÍA, en el sentido de que en las adquisiciones de viviendas en nuestra patria era enormemente frecuente el hacerlo en documento privado que sólo se elevaría a escritura pública al terminarse de pagar el precio. Y esta situación afectaba a una multitud de parejas, muchas jóvenes y no siempre de desahogada posición económica.

Que la ley no se ha desentendido de ese problema lo acredita el párrafo 2 del apartado 3 del artículo 593 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a que el bien embargado de un tercero sea la vivienda familiar de éste. No volvemos sobre tal cuestión porque de ella nos ocupamos en el trabajo de 2001.

Es más, la propia Ley General Tributaria actual, cuando en el artículo 165 se ocupa de la suspensión del procedimiento de apremio, en el apartado 3 prescribe la tercería si es que el tercero pretende levantar el embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad del bien o derecho embar-

gado. Y el apartado 4 ordena que en tal caso se suspenderá el procedimiento de apremio en cuanto se refiere a los bienes controvertidos.

Si todo esto lo permite la ley frente a un crédito respetable como el de la Hacienda Pública, no parece que pueda seguirse otro procedimiento cuando el crédito esgrimido lo sea de un particular.

Por todo ello resulta extraordinariamente dudosa la conveniencia de modificar nuestro Código Civil para dar preferencia a la anotación de embargo sobre esas adquisiciones anteriores, aunque no registradas antes.

Más bien y al contrario, en nuestro Código Civil, el artículo 1.923, número 4, sobre el crédito anotado preventivamente, aunque pudiera completarse en el sentido antes transcrito (y para seguir el ejemplo de la Ley General Tributaria), cabría terminarlo para que no cupiera duda con una frase parecida a ésta: «El crédito preventivamente anotado no tendrá preferencia sobre las adquisiciones anteriores».

Ahora bien, aunque esto último no se consigne expresamente, sigue en pie aquel principio de que lo que se puede embargar son los bienes del deudor y no los de un tercero; aquí el embargo sería nulo. Y en cuanto a los demás problemas que plantea la adquisición anterior que se retrasa en acceder al Registro, nos remitimos íntegramente a lo que decíamos en aquel trabajo de 1994, citado en el apartado III de estas páginas.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

POR JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

POR JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 18-6-2004

(BOE 7-9-2004)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 24

RECURSO. CONTRA CALIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL MISMO. PAREJAS DE HECHO. VIVIENDA. FAMILIAR. DOMICILIO.

Calificado negativamente un título que fue presentado en su día a inscripción y presentado nuevamente el mismo título una vez transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación durante el cual se extendió aquella nota, ha de procederse a una nueva calificación, sea o no coincidente con la extendida entonces. Por lo tanto, la Dirección General se inclina por la no firmeza de aquella primera calificación.

Es competencia de la Dirección General el conocer del recurso interpuesto, pues la cuestión de fondo —compra de finca en la que el vendedor no manifiesta que aquélla no constituye domicilio común o de pareja estable o, en su caso, el consentimiento del otro conviviente o autorización judicial supletoria— está reservada a la competencia exclusiva del Estado, no siendo competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Respecto de la cuestión de fondo, la Ley de Parejas de Hecho de Cataluña no exige que en el título se manifieste si existe o no pareja de hecho ni tampoco que la finca constituye o no domicilio común o de pareja estable, sin que quepa la aplicación analógica del artículo 1.320 del Código Civil, ni del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, máxime cuando del propio Registro no resulta el carácter.

Resolución de 21-6-2004

(BOE 8-9-2004)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 11

FINCA: SU DESCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. USO. USUFRUCTO. VIVIENDA. SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

No es defecto que la finca no se describa con los requisitos exigidos legal y reglamentariamente, si el Registrador no tiene duda alguna sobre la misma.

Es incompatible la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de la misma consta inscrito a nombre de persona distinta de los firmantes del convenio regulador. No entra la Dirección General, por no ser objeto de recurso, sobre si sería posible o no la inscripción del uso como sucesivo del actual usufructo.

En cuanto a la necesidad de que el título exprese que el derecho de uso también se atribuye a los hijos con sus circunstancias, y no sólo al cónyuge a quien efectivamente se le atribuyó el mismo, no es ello necesario, pues lo pretendido con la atribución del uso de la vivienda es evitar su disposición por su titular dominical, correspondiendo sólo al cónyuge adjudicatario del uso la defensa de su derecho y de sus hijos a habitar tal vivienda.

Resolución de 22-6-2004

(BOE 7-9-2004)

Registro de la Propiedad de Chinchilla de Montearagón

CONDICIÓN RESOLUTORIA. SU CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Practicada una nota marginal de cancelación de condición resolutoria por caducidad, no cabe la cancelación de dicha nota sin consentimiento del titular o, en su caso, sin la pertinente autorización judicial.

Resolución de 23-6-2004

(BOE 4-9-2004)

Registro de la Propiedad de Alora

SEGREGACIÓN. LICENCIA. SU NECESARIEDAD CUANDO SOBRE LA PORCIÓN SEGREGADA SE VA A REALIZAR UNA CONSTRUCCIÓN PERMANENTE DE CARÁCTER NO AGRARIO. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

En los casos de construcción no agraria sobre finca segregada, la legislación agraria traslada su competencia a la legislación urbanística, por lo que se precisa la necesidad de licencia.

Es posible la obtención de licencia por silencio administrativo positivo pero, en el presente caso, no están debidamente acreditados los requisitos exigidos para ello, pues si bien se prueba la existencia de la solicitud dirigida a la Administración, sin embargo no se ha justificado la inexistencia de contestación administrativa, mediando, además, constancia de la recepción de un escrito previo a tal solicitud en el que se declara denegada la licencia.

Resolución de 2-7-2004

(BOE 2-9-2004)

Registro de la Propiedad de Frechilla

COMPRAVENTA. ADJUDICACIÓN DE FINCA PATRIMONIAL DE UN AYUNTAMIENTO AL ADJUDICATARIO. FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO: NO AFECTA A SU VALIDEZ. POSIBILIDAD DE RESOLUCIÓN.

Adjudicada definitivamente una finca patrimonial de un Ayuntamiento mediante subasta pública en la que el único licitador era el adjudicatario, de los artículos 45 y 48 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, vigentes tanto a la fecha de dicha adjudicación como a la del otorgamiento de la escritura, se infiere que la falta de formalización del contrato dentro del plazo establecido no afecta a la validez del mismo, sino que el Ayuntamiento puede proceder a su resolución, lo que no ha sucedido en el presente caso, pues la intervención del Alcalde en el otorgamiento de la escritura representando a aquél, implica reconocimiento de la subsistencia de la adjudicación.

Resolución de 21-7-2004

(BOE 8-9-2004)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. NO ES EL RECURSO GUBERNATIVO LA VÍA ADECUADA PARA ELLO.

Esta resolución está conectada con la siguiente de 22-7-2004, cuyos supuestos de hecho son similares y que son, en síntesis:

Mediante escritura de compraventa de una finca, queda sometida la entrega del precio a condición suspensiva, consistente en que cualquiera de las partes arriende toda la finca, fijándose un mínimo de renta por los alquileres que deberán estar avalados por entidad financiera y con una duración concreta, pactándose que una vez «aportados los alquileres» en los términos estipulados y requerida de pago la compradora, si ésta no hace efectivo el precio en el plazo pactado, se resolverá «la escritura» pudiendo solicitar cualquiera de las partes la cancelación de la inscripción.

Practicada la inscripción de la compraventa, se inscribe luego hipoteca sobre tal finca expresándose en la nota de despacho que la misma queda sujeta a la condición suspensiva pactada en la compra, en los términos referidos.

La Dirección General resuelve que el recurso gubernativo no es el medio adecuado para lograr la rectificación del asiento practicado con las limitaciones o especificaciones introducidas por el Registrador. Si lo pretendido es que la condición dicha carece de eficacia real y que sólo la tiene obligacional y que afecta exclusivamente al pago del precio, pero no a la transmisión de la propiedad, podría el recurrente solicitar su cancelación lo que sería objeto de otro recurso gubernativo, al margen de éste (cfr. siguiente Resolución de 22-7-2004).

Resolución de 22-7-2004

(BOE 8-9-2004)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira

COMPRAVENTA. CONDICIÓN SUSPENSIVA. PAGO DEL PRECIO SUJETO A TAL CONDICIÓN, LA CUAL NO AFECTA A LA TRANSMISIÓN DOMINICAL.

Partiendo de un supuesto igual que el de la Resolución anterior de 21-7-2004, y habiéndose otorgado escritura por la compradora declarando cumplida la condición suspensiva y solicitando su constancia registral y apoyándose en la Resolución de 15-2-2002 (Boletín núm. 82, págs. 964 y sigs.), entiende el Centro Directivo, a su juicio, lo siguiente:

1. Es posible que la condición suspensiva afecte sólo al pago del precio y no a la transmisión dominical de la finca, sin perjuicio de que una vez que sea exigible el pago mismo, si éste no se efectúa, pueda la vendedora instar la resolución del contrato en términos similares a la de una condición resolutoria.

2. Es necesaria la fijación de un plazo respecto de tal condición suspensiva, por lo que habrá de acudirse a los artículos 1.117 y 1.118 del Código Civil, al ser la condición incierta no sólo en el evento, sino en el momento en que haya de cumplirse, por lo que la condición dicha no debió inscribirse.

3. Ahora bien, inscrita la misma y al afectar sólo al pago del precio, cabría su cancelación, pero manteniendo la resolución que figura inscrita para el caso de impago del mismo.

Resolución de 23-7-2004

(BOE 12-10-2004)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 14

CALIFICACIÓN. DEL REGISTRADOR SUSTITUTO. NECESIDAD DE NOTIFICARLA TAMBIÉN, CUANDO ES NEGATIVA, AL NOTARIO AUTORIZANTE DEL TÍTULO. DOCUMENTOS NO PRESENTADOS A CALIFICACIÓN. ENAJENACIÓN DE BIENES POR SOCIEDAD ANÓNIMA EN LIQUIDACIÓN.

El Registrador sustituto ha de notificar su calificación negativa tanto al presentante como al Notario autorizante del título, determinando dicha notificación el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso.

Es inscribible una escritura en la que los liquidadores de una sociedad anónima formalizaron acuerdos de venta previos a la fase de liquidación, bastando la simple declaración de los mismos sobre la existencia de tal acuerdo previo, sin necesidad de prueba sobre la fecha de su adopción, y ello con independencia de las diligencias extendidas en la escritura de venta con posterioridad a la calificación registral, las cuales no pueden tenerse en cuenta, por lo tanto, en la resolución del recurso.

El requisito de subasta pública a la hora de enajenar bienes en la fase de liquidación de una sociedad anónima se establece en beneficio exclusivo de los socios y no de los acreedores, distinguiéndose dos casos, según quien decida las condiciones esenciales de la enajenación:

1. Los liquidadores deciden vender, solicitando a la Junta que les exonere de subasta pública: se requerirá entonces el acuerdo del 100 por 100 de los socios.

2. La Junta recibe un proyecto de venta presentado por los liquidadores, decidiendo aquélla que se prescinda de la subasta y determinando las condiciones esenciales de la enajenación: en este caso la decisión de venta es de la propia Junta y no se requiere unanimidad de los socios.

Resolución de 3-8-2004

(BOE 12-10-2004)

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 3

PRIORIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL. INCOMPATIBILIDAD DEL DOCUMENTO PRESENTADO POSTERIORMENTE RESPECTO DEL DOCUMENTO QUE ACCEDE AL REGISTRO CON ANTERIORIDAD.

Presentada una escritura de hipoteca constituida por apoderado de los titulares registrales sobre finca inscrita a nombre de éstos, y presentada posteriormente una escritura otorgada en fecha anterior a aquélla por la que dichos representados donaban esa misma finca a su hija —por lo tanto, los mismos ya no eran propietarios civiles de ese inmueble—, resuelve la Dirección General que los asientos que han de tenerse en cuenta en la calificación son los anteriores al documento presentado (que aquí es el de hipoteca), sin que puedan obstaculizar su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados (en este caso, la donación), los cuales no pueden ser tomados en cuenta para calificar aquél.

Aunque no se había presentado en el momento de la calificación y se aporta luego al expediente del recurso gubernativo una escritura de revocación del poder invocado por quien representaba a la hipotecante, de fecha anterior, incluso, a la de donación antes dicha, debe aplicarse también el mismo criterio referido anteriormente, debiendo de estar el Registrador, a la hora de calificar la representación de los hipotecantes, a lo que resulta de la escritura de hipoteca, toda vez que no existe en el momento de su presentación ningún otro asiento que impida su inscripción.

Resolución de 7-9-2004

(BOE 30-10-2004)

Registro de la Propiedad de Algemesí

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. IDENTIFICACIÓN DEL CÓNYUGE: NOMBRE INCORRECTO SEGÚN EL REGISTRO.

La declaración de nulidad por sentencia firme en contencioso-administrativo puede provocar la cancelación de los asientos de expropiación aún cuando los expropiados no hayan sido parte en el procedimiento judicial de impugnación.

Nota: Ver Resolución de 29 de julio de 2002 (BCRE, núm. 87, octubre de 2002, pág. 2321).

Resolución de 10-9-2004

(BOE 29-10-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 17

EXPROPIACIÓN. NULIDAD DECLARADA POR SENTENCIA FIRME EN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. CANCELACIÓN DE ASIENTOS.

Puede hacerse mediante instancia acompañando certificación del Registro Civil, pues según reiterada doctrina, cuando la rectificación de errores se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es procedente la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, pues bastará para hacer la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

Registro Mercantil

POR ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 6-7-2004

(BOE 7-9-2004)

Registro Mercantil de La Rioja

ADMINISTRADORES. ARTÍCULO 111 RRM. RECURSO GUBERNATIVO. PRIORIDAD.

El recurrente debe aportar original o testimonio del documento calificado. Si no lo ha hecho debe concedérsele un plazo razonable para ello (art. 71 LRJAE y PA).

No puede considerarse como interesado en un recurso ante el Registrador Mercantil al titular de derechos que consten en títulos presentados en un Registro de la Propiedad, aunque éste sea llevado por el mismo Registrador.

El plazo de quince días que establece el artículo 111 RRM no incluye los inhábiles.

Sólo la oposición fundada en la justificación fehaciente de la falta de autenticidad del nombramiento de administrador (por ejemplo, mediante acta notarial de junta), puede impedir la inscripción del acuerdo, pero no la que-rella, cuya interposición se hace constar por nota marginal, ni la mera manifestación contradictoria del anterior titular registral de la facultad certificante.

Solo excepcionalmente puede el Registrador tomar en consideración documentos presentados después del que se califica para evitar la práctica de asientos inútiles, como puede ser cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un órgano social en la misma reunión y documentados por separado.

Resoluciones de 7 y 8-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Madrid

TRACTO SUCESIVO.

No cabe practicar la anotación de un embargo sobre bienes respecto de los cuales existe previamente inscrita una reserva de dominio, aunque lo esté a favor del ejecutante. Éste, para proteger su derecho, debe acudir al procedimiento especial previsto en la LEC. Sólo cabría anotar el embargo sobre la posición jurídica del comprador financiado o sobre los derechos que posea sobre el bien.

Resolución de 9-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Navarra

RECURSO GUBERNATIVO.

El recurso gubernativo no es la vía adecuada para subsanar defectos recogidos en la calificación del Registrador.

Resolución de 12-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Cantabria

TRACTO SUCESIVO. TITULARIDAD CONTRADICTORIA.

El Registrador puede fundar la suspensión de la anotación preventiva acordada en la existencia de titularidades contradictorias existentes en el Registro Administrativo de Tráfico.

Resoluciones de 13 y 16-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Córdoba

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO. CUADRO DE AMORTIZACIÓN.

Reitera resoluciones anteriores en el sentido de que en un contrato de arrendamiento financiero el cuadro de amortización debe constar con claridad en el propio contrato o en el anexo, pero diferenciando siempre cuota de entrada que no es susceptible de amortización, ni devengo de intereses, y las cuotas con carga financiera.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

Resoluciones de 15 y 19-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Bilbao

CANCELACIÓN. CADUCIDAD.

Cabe cancelar las anotaciones de embargo existentes en el RBM, procedentes del antiguo Registro Administrativo de Tráfico, en caso de caducidad por mera solicitud de expedición de certificación de cargas presentada por el anotante.

Resolución de 20-7-2004

(BOE 14-10-2004)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

BASTIDOR.

Para poder inscribir, el número de bastidor que figura en el contrato intervenido ha de ser coincidente con el que consta en la Dirección General de Tráfico.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. LÍMITES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Antecedentes.—La sentencia de primer grado había concedido la tutela judicial reclamada en la demanda por Inmobiliaria Frontera, S. A., adjudicataria de la construcción de un aparcamiento municipal, y condenando al entonces apelante como autor de una lesión ilegítima del honor de la demandante, a indemnizarle por el daño moral producido.

El daño que en la instancia se afirma causado a Inmobiliaria Frontera, S. A., resultó de la publicación en el diario XXX (página 5 de la sección «País Vasco» correspondiente al día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete) de una nota de prensa emitida por el concejal demandado.

Bajo el titular «IU sugiere que en una obra pública se han pagado horas extras de modo fraudulento», el artículo tenía el contenido siguiente: «El concejal de Izquierda Unida, Pedro Francisco, sugirió ayer la posibilidad de pago fraudulento de horas extraordinarias en la construcción de un aparcamiento subterráneo en los jardines de Alderdi Eder, en San Sebastián, tras conocer que el capataz de la obra llevaba un millón de pesetas en el bolsillo cuando sufrió un infarto y fue trasladado a un hospital. Pedro Francisco aseguró que esa cantidad inusual podría estar destinada, según algunas informaciones, al pago de obras extras de forma fraudulenta e ilegal, por lo que instó al gobierno municipal a que abra una investigación y, en su caso, pida responsabilidades a la empresa Inmobiliaria Frontera, adjudicataria de las obras. El edil de IU denunció que la alta siniestralidad en el sector de la construcción obedece, en buena medida, a las horas extras que se ven obligados a realizar los trabajadores».

Doctrina.—Se atribuye prevalencia al derecho a expresar libremente opiniones sobre el derecho al honor de la demandante como consecuencia de la relevancia pública del asunto, la condición que ostentaba la actora de ejecutora de obra pública y la finalidad de la nota de contribuir a la formación de opinión pública sobre un tema de indudable gravedad. No hay intromisión ilegítima en el derecho al honor.

COMENTARIO

I. DISTINCIÓN ENTRE COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN O LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL DE COMUNICAR INFORMACIÓN

Cuando un medio de comunicación publica un escrito ajeno (como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1997, de 14 de febrero), concurren dos acciones merecedoras de calificaciones distintas: la del autor de las declaraciones publicadas y la del autor de la publicación. El contenido de las primeras (noticia u opinión) determinará su tratamiento como comunicación de información o como libertad de expresión. La difusión de lo manifestado por otro deberá ser tratada, en todo caso, como una modalidad del derecho constitucional de comunicar información (1).

(1) Dado el contenido de la nota de prensa puede ofrecerse un conflicto entre el derecho al honor (art. 18.1 de la Constitución Española) y los derechos a comunicar libremente información [art. 20.1.a)] y a la libertad de expresión (art. 20.1.d)].

El *honor*, como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional 180/1999 y 112/2000 (cuya doctrina en la interpretación de los referidos artículos de la Constitución Española cumple seguir, dada la salvedad que proclama el art. 123.1 del mismo Texto), constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, razón por la que los órganos judiciales disponen de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada supuesto qué debe tenerse por lesivo de aquel derecho fundamental. En todo caso, el derecho ampara a la persona frente a expresiones que lo hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. No es, sin embargo, un derecho absoluto, sino limitado por los también fundamentales a opinar e informar libremente.

La corrección del ejercicio del *derecho a la libre comunicación de información* y, por consiguiente, el ámbito de su específica protección cuando las noticias difundidas afectan al honor de un tercero, dependen de la trascendencia pública o carácter noticiable de los hechos y, también, de la veracidad de los mismos, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional. En la sentencia 132/1995, de 11 de septiembre, dicho Tribunal afirmó que, reuniendo las referidas condiciones, la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor de los afectados por la información.

La veracidad, sin embargo, no ha de ser absoluta. La mencionada sentencia 132/1995 rechazó la exigencia de una plena e incontrovertible concordancia de la información con la realidad de los hechos e identificó (al igual que había hecho la sentencia 121/2002, de 20 de mayo) dicha cualidad con una diligente indagación que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

Por su parte, la *libertad de expresión*, cuyo objeto es la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, incluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar a la persona a la que se dirige (al respecto, sentencias del Tribunal Constitucional 6/2000, de 17 de enero, y 160/2003, de 15 de septiembre). Lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Quedan fuera del ámbito de protección, sin embargo, las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se exponen (al respecto, sentencias del citado Tribunal 204/1997 y 160/2003, de 15 de septiembre).

Para determinar el *límite* del poder reconocido por la norma constitucional a quien se expresa, debe tenerse en cuenta, entre otros factores, la relevancia pública del asunto y el carácter público o no del sujeto criticado (sentencia del mismo Tribunal 76/1995, de 22 de mayo).

Como resulta de lo expuesto, en la demanda sólo se pretendió la tutela judicial frente al primero de los mencionados comportamientos.

II. FINALIDAD DE LA NOTA DE PRENSA. EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON EL PROPÓSITO DE FORMAR OPINIÓN

Lo que en el artículo de prensa se atribuye al demandado estaba contenido en la nota que el mismo había redactado para su publicación. Sin embargo, la finalidad de dicha nota no era tanto relatar la incidencia supuestamente ocurrida a un capataz de la demandante, cuanto formar opinión pública sobre la relación existente entre la *alta siniestralidad en el sector de la construcción* y las *condiciones de trabajo exigidas por las empresas constructoras*.

El demandado y recurrente informó sobre hechos, imputados a la constructora demandante (para interesar del Ayuntamiento la apertura de una investigación al respecto), pero, fundamentalmente, *ejerció su libertad de expresión sobre una materia de indudable trascendencia pública, con el propósito, según se ha dicho, de formar opinión*.

III. INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD DE LOS HECHOS OCURRIDOS

Los hechos atribuidos a la constructora demandante no eran ciertos. Pero el demandado, que los había relatado para apoyar sus opiniones, según resulta de la lectura de la referida nota, calificó la antijuridicidad de los mismos como una mera probabilidad y, respecto de ellos, se limitó a reclamar del Ayuntamiento una investigación depuradora de responsabilidades.

Es cierto que en la nota de prensa se establece una relación entre los hechos atribuidos al supuesto capataz de la demandante y las condiciones ilegales de trabajo determinantes de la siniestralidad laboral. Mas, aunque se trata de una conexión apta para generar desmerecimiento en la consideración ajena, la relevancia pública del asunto, la condición que ostentaba la actora de ejecutora de obra pública y la finalidad de la nota de contribuir a la formación de opinión pública sobre un tema de indudable gravedad, atribuyen prevalencia al derecho a expresar libremente opiniones sobre el derecho al honor de la demandante (2).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(2) En otra STS de igual fecha, 1 de septiembre de 2004 (Recurso 3875/2000) y siendo ponente igualmente el Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel, sobre el mismo tema se llega a idéntica solución.

En este supuesto los antecedentes de hecho eran los siguientes:

«Don Adolfo, alcalde presidente del Ayuntamiento de Betanzos, pretendió en la demanda la declaración de que su honor había resultado ilícitamente lesionado por Unidad Editorial, S. A., editora de El Mundo Galicia; don Clemente, director de dicho diario; don Abelardo y don Ildefonso, firmantes de los artículos publicados en el mismo y señalados como causantes de la lesión del derecho fundamental, así como la condena de los demandados a indemnizarle en los daños y a publicar la sentencia.

1.2. Derecho de familia

PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DECLARADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

Antecedentes.—Por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de los de Madrid, en su sentencia de 3 de marzo de 1997, se estima la demanda promovida por don Marco Antonio contra doña Susana y don Juan Enrique, con base a las pruebas aportadas y la negativa a la biológica del demandado señor Juan Enrique, y se declara la paternidad extramatrimonial de éste con respecto al primero, que fue más tarde confirmada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en la suya de 4 de junio de 1998.

Doctrina.—No cabe entender que el someterse a la prueba biológica de paternidad afecte a la intimidad o integridad física del afectado, pues en la pugna de los derechos aludidos en juego, la prevalencia del tendente a acreditar judicialmente la progenie del actor merece una tutela total.

Se ha probado en la instancia que, en el número del diario El Mundo Galicia correspondiente al día veinte de julio de mil novecientos noventa y seis, se publicó un artículo firmado por don Ildefonso, con los siguientes titulares (en portada): “El PP lleva al alcalde socialista de Betanzos ante el TSXG (Tribunal Superior de Justicia de Galicia) por presuntas irregularidades”, y (en una de las páginas interiores): “la oposición denuncia favoritismos de Adolfo hacia una empresa constructora”, “el PP lleva al alcalde socialista de Betanzos ante el TSXG por presuntas irregularidades urbanísticas”, bajo los que se daba información sobre la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo de la comisión de gobierno del ayuntamiento de Betanzos y las sospechas de Partido Popular, Bloque y Convocatoria Independiente de los Vecinos sobre “las posibles vinculaciones” entre el demandante y una empresa constructora, así como sobre unas “presuntas operaciones especuladoras” respecto a determinados terrenos.

En el número del mismo diario del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis apareció otro artículo, firmado por don Abelardo, con el titular (en la sección destinada a Galicia): “El PP demandó ante el TSXG al gobierno socialista de Betanzos por temas urbanísticos. Pide que se declare responsable de las irregularidades al grupo de Lagares”, y (en una de las páginas de dicha sección): “el PP pide al TSXG que condene la actitud maliciosa del equipo de gobierno de Betanzos. Anuncia también que recurrirá a la vía penal para depurar responsabilidades”.

El Tribunal, en su Fundamento de Derecho Tercero, sentenció que:

«La veracidad de la información no puede ser cuestionada pues, como declara la Audiencia Provincial en su sentencia, la misma es el reflejo de la interposición de un recurso ante el Tribunal competente, sin que la omisión de que los recurrentes eran los concejales del Partido Popular o de que uno de los componentes de dicho grupo no había participado en la iniciativa, tenga mas valor que el meramente secundario.

La referencia en el artículo de opinión al supuesto trato de favor dado por el recurrente a alguna constructora o el rechazo de otras formaciones políticas a su actuación en materia urbanística, constituyen una *censura que, como el mismo Tribunal de apelación declara, no excede de la crítica permitida a quien gestiona intereses públicos*».

COMENTARIO

I. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRUEBAS Y UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES

Existe una línea jurisprudencial sobre que la exigencia del artículo 127 del Código Civil se cumple con que en el contexto de la acción se localice un contenido de razonabilidad (contribución a la credibilidad y verosimilitud de su contexto) para la pretensión fáctica de la pretensión que se sustente (STS de 1-2-2002).

Se agrega la inexistencia de otras pruebas que, unidas a esa negativa, conlleven a la paternidad declarada, sobre todo, porque se admite hasta por la madre del actor la realidad de una sola cohabitación con el demandado, así como las circunstancias alusivas al trabajo desplegado por ésta al supuesto servicio del recurrente.

Sobre el *juego de las presunciones* se decía en sentencia de 16-7-2004: «Es doctrina reiterada y constante que el artículo 1.253 del Código Civil autoriza al Juez, más no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y si de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos no resulta infringido dicho precepto (sentencias de 3-12-88, 7-7-89, 21-12-90 y 17-7-91). La censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de denuncia de la vulneración del artículo 1.253 del Código Civil, aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, un proceso presuntivo (sentencias de 23-9 y 4-11-88), pues no se infringe el precepto por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (sentencias de 22-2, 16-3, 5 y 24-5, 2-6 y 2-11-89).

También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigírsele su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutido en el pleito (sentencias de 30-4 y 11-10-90), ...en todo caso, hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (sentencias de 5-2, 11-3, 6 y 27-10, 11-11 y 9-12-88).

La sentencia de 23-2-87, haciendo alusión a la 11-6-84, señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; así recoge la sentencia de 23-4-80, que «cabe traer a casación el tema de las presunciones no sólo en el caso más frecuente de que la Sala sentenciadora acuda a ellas sin que exista el enlace preciso y directo que es obligatorio, sino en el excepcional de que existiendo aquél se denuncie la omisión en la aplicación de esta prueba, cuando de ella sea forzoso tratar por haberse planteado la cuestión afectante a la misma en los

escritos iniciales del litigio»; y la 5-6-86 destaca que «si bien por regla general no se infringe el artículo 1.253 cuando el juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que por excepción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con la fuerza lógica que la ley exija la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio» (sentencias de 18-3-93, 16-9-95, 22-10-95, 19-3-99, 23-7-99, 27-1-2000, 25-10-2000, 21-11-2000, 5-3-2001, 16-2-2002, 14-1-03, 5-2-03, 1-4-03, 7-7-2003, 8-7-03, 22-7-03, 19-12-03, 29-3-04 y 7-4-04).

II. NEGATIVA AL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD O INTEGRIDAD FÍSICA

Se alega que la investigación de la paternidad por medios biológicos, que propicia el artículo 39.2 de la Constitución Española y establece por su consecuencia el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien cuando se trate de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a él en los derechos a la protección a la intimidad y a la integridad física que le conceden los artículos 15 y 18 CE. Y que, por otra parte, el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue sin causa justificada a someterse a pruebas hematológicas incurra en *ficta confessio*. Cuando se trate de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a él en los derechos a la protección a la intimidad y a la integridad física que le conceden los artículos 15 y 18 de la CE (TS 1.^a de 21 de mayo de 1988), aunque no de forma indiscriminada.

Sobre el alcance o afección biológica de la prueba somática de contraste y, aparte de rechazar que ello, en su caso, pudiera afectar a la intimidad o integridad física del afectado (en sentencia de 31-5-99 el TC afirmó sin rodeos que, esa prueba, ni es degradante ni contraria a los derechos en la integridad física y a la intimidad) que, claro es, no se comparte, porque en la pugna de los derechos aludidos en juego, la prevalencia del tendente a acreditar judicialmente la progenie del actor merece una tutela total como, sin duda, se consagra en todo nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, y sobre la verdad científica que, tras su práctica, se obtiene como asidero para su integración decisoria por los tribunales, ha de confirmarse la doctrina expuesta en sentencias de 18-5-2000 y las recientes de 2-7 y 16-7-2004, en cuanto que por el amplio alcance científico de esta prueba en su variedad de elementos de compulsa su fiabilidad es la pertinente; se decía en citadas sentencias, acerca de los objetivos del contraste abarcales de los «Datos de identificación y muestras analizadas»... que se constatan los resultados de la analítica empleada, previo proceso investigador, con el resultado obtenido en el cénit de la escala científica de los conocidos predicados de K. Hummel (1).

(1) INVESTIGACIÓN BIOLÓGICA DE PATERNIDAD:

1. Análisis de Polimorfismos VNRT mediante Hibridación con Sondas Uni-Locus.
 - La metodología al efecto se corresponde con la: * Extracción del ADN. * Enzima de restricción. * Electroforesis y transferencia.
 - Los controles a realizar abarcan: Control visual. Control alélico. Control de peso.
 - * Hibridación y Autorradiografía.

III. VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

No acontece ese desvío del *onus probandi*, porque la recurrida no ha alterado esa carga procesal, cuando, por lo constatado, el conjunto probatorio ha tenido lugar sin cortapisa de ningún género. Se decía en sentencia de 15-6-04: «El alcance del artículo 1.214 del Código Civil (en la actualidad, derogado y sustituido por el art. 217, nueva LEC de 7-1-2000) en manera alguna se contrae al aspecto de afirmaciones o negativas que hagan las partes con relación a lo que sea objeto de la controversia judicial, ni sirve para alterar la apreciación efectuada por el órgano judicial de la prueba aportada por cada una de las partes, dándoles una valoración conjunta de su resultado de manera que el referido artículo no constituye norma valorativa de prueba por lo que solamente es susceptible de casación como infringido cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente el *onus probandi* o sea, la carga de la prueba invirtiendo lo que a cada parte corresponda» (2).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

SERVIDUMBRES. ACCIÓN CONFESORIA. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS.—NO PUEDE EJERCITARSE BAJO LA FORMA DE UNA REIVINDICATORIA.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan.

Antecedentes.—El demandante interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra los demandados, suplicando al Juzgado que declarase: 1.º) el restablecimiento del derecho de paso, objeto de la presente litis. 2.º) La demolición por parte de los deman-

Los resultados propenden al análisis de VNTRs con las sondas MSI, MS31, MS43a, MS8, MS205, G3 y YNH24, y a la comprobación en la herencia de un alelo paterno con esa investigación se alcanza el norte de la llamada PROBABILIDAD DE PATERNIDAD.

Puesto que no es posible la exclusión de paternidad, se calcula la probabilidad de Paternidad (W), valor que expresa la probabilidad de que el presunto padre sea el padre biológico, a la vista de los resultados obtenidos en los tests genéticos realizados.

Y al efecto se tiene en cuenta los conocidos predicados de K. Hummel, esto es:

W IP RASGOS PATERNIDAD

99,8%-99,9% > 399:1 - Prácticamente probada.

99%-99,7% > 95:1 - Extremadamente probable.

95%-98,9% > 19:1 - Muy probable.

90%-94,9% > 9:1 - Probable.

80%-89,9% > 4:1 - Indicios.

Menor 80%, 4:1 - No significativo.

Los resultados obtenidos en el análisis de polimorfismos de ADN mediante técnicas de hibridación con sondas uni-locus confluyen o deben alumbrar o en la exclusión o en la probabilidad de la paternidad cuestionada.

(2) Sentencias de 25-5-83, 26-6-74, 14-11-80, 21-12-81, 15-4 y 5-6-82, 31-10-83, 7-3, 24-5, 14-6, 9-7, 15-9, 17-10 y 9 y 16-12-85, 25-2 y 5-5-87 y 8-10 y 19-11-88. Sentencias de 30-9-91, 22-6-95, 3-7-95, 1-5-98, 27-12-99, 3-7-02, 10-7-02, 4-3-04, 29-3-04, 19-4-04 y 19-5-04.

dados del almacén edificado sobre el camino referido, así como la reconstrucción y restablecimiento de dicho camino. 3.º) La indemnización de daños y perjuicios ocasionados al demandante. 4.º) Que se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones y que en lo sucesivo se abstengan de perturbar el uso del referido camino. 5.º) Que se condene en costas a los demandados.

El Tribunal de Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial de Alicante revocó la sentencia y estimó parcialmente la demanda, declarando que sea restablecido el derecho de paso objeto de la litis, la demolición de lo edificado sobre el camino y la reconstrucción y reestablecimiento del mismo.

Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción del artículo 533.6.º en relación con el 524 LEC, al considerar que se ha interpuesto una acción reivindicatoria cuando lo oportuno hubiera sido una acción confesoria. El Tribunal Supremo estima el motivo y declara que ha lugar el recurso y casa la sentencia, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—«Al referirse la demanda, constantemente, al derecho de paso de un determinado camino obstruido por los demandados y pedirse el restablecimiento de tal derecho de paso, se está ejercitando la acción confesoria, que corresponde al dueño del predio dominante, titular del derecho real de servidumbre contra quien le haya perturbado su ejercicio; tiene por objeto el reconocimiento del derecho real y la condena al demandado a que cese la perturbación, cuyos presupuestos son la prueba del derecho real de servidumbre, puesto que el dominio se presume libre y la prueba de la perturbación por el demandado. Nada se ha hecho en el presente caso: no se ha probado la constitución y la existencia de un derecho real de servidumbre ni se ha interesado su reconocimiento ni, por tanto, se plantea perturbación de un derecho real».

COMENTARIO

Al hilo de esta sentencia en la que debía haberse planteado inicialmente una acción confesoria en vez de una reivindicatoria, y debería haberse probado y reclamando la existencia del derecho real (servidumbre) que se trata de reclamar, aprovechamos desde estas líneas para hacer un repaso de esta acción, a veces olvidada.

Como bien dice el Tribunal Supremo, la acción confesoria nace para probar y reclamar la existencia de un derecho real de servidumbre. Mediante esta acción se pretende hacer realidad la oponibilidad *erga omnes* del derecho de servidumbre que tiene su titular. En este caso un derecho de servidumbre de paso sobre el predio vecino y sirviente.

La acción confesoria no está contemplada de manera expresa en el Código Civil, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en admitirla. No obstante, considero que muchas veces queda relegada a un segundo plano, o es olvidada, tanto como para dar lugar en ocasiones (como la que se analiza), a interponer una reivindicatoria confundiéndola con aquélla (1).

(1) Sin embargo, sí aparece expresamente contemplada en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición

El objeto de esta acción es obtener el reconocimiento de un derecho de servidumbre por el que lo niega o contradice, pero, puede implicar la restitución en el efectivo disfrute del ejercicio del derecho de servidumbre, haciendo desaparecer los obstáculos que lo impidieran. Es decir, la finalidad principal de esta acción es que se reconozca y respete la existencia de ese derecho de servidumbre, y por eso se considera que es una acción eminentemente declarativa; pero, si fuere el caso, puede implicar que se reponga en la posesión, o se pongan fin a las perturbaciones que impiden ese ejercicio, finalidad restitutoria (2). En este sentido, la STS de 18 de marzo de 1994 afirma que «es una acción principalmente declarativa, aunque a la declaración del derecho vaya unida la restitución o constitución efectiva del gravamen como acción correspondiente al titular de la servidumbre que tiende a declarar el gravamen a cargo del fundo ajeno».

La acción confesoria es la acción característica del derecho real de servidumbre, y corresponde al titular de este derecho o dueño del predio dominante frente a quien le perturbe en el ejercicio o disfrute de su derecho o a quien desconozca su existencia.

Por lo tanto, legitimado activamente está el titular del derecho de servidumbre, dueño del predio dominante, pero también suele concederse esta acción al usufructuario, usuario, o persona que tenga interés en que se reconozca la servidumbre, por verse afectado en el disfrute del derecho, pues también ostentan la posesión de la finca (3). Legitimado pasivamente está el que se oponga a su ejercicio: desde luego, el dueño del predio sirviente que tiene que soportar esa servidumbre sobre el mismo, y es quien tiene un mayor interés en poner fin a esa situación posesoria que le impide el ejercicio total y libre de su dominio. Pero, creo que también podría utilizarse esta acción contra quien, sin ser propietario del fundo sirviente, pero tuviera de algún modo su posesión (vgr., titular de un derecho de usufructo sobre el mismo), que le facilite el impedir o perturbar el ejercicio del propio derecho de servidumbre, también estará pasivamente legitimado, y la acción podrá dirigirse contra él aunque, en este caso, entiendo que únicamente con finalidad restitutoria.

Los requisitos de su ejercicio son los siguientes:

1. Prueba de la existencia de la servidumbre por el actor: dicha prueba es absolutamente necesaria, pues de no probarse, como el dominio se presume libre, no prosperará la acción, declarándose el pleno y libre dominio del demandado sin existencia de esa servidumbre que lo grava. La prueba de la servidumbre se hará por los medios normales de prueba, y en todo caso deberá justificarse la existencia de esa servidumbre, probando el título cons-

preferente del Parlamento de Cataluña. Allí en su artículo 18 se hace una detallada regulación de esta acción, definiendo su objeto, presupuestos y requisitos. Me parecería muy oportuno que se hiciera una regulación similar en el Derecho común.

(2) En la finalidad declarativa de la acción, aunque compatible con la reintegración de la servidumbre, coincide la doctrina. Véase, entre otros: DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, ed. Comares, Granada, 1989, págs. 160-161; ROCA JUAN, J., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1978, págs. 10-11; YACER MATAÇAS, M. R., en AA.VV.: *Tratado de Servidumbres*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 981-982.

(3) Véase, en este sentido, ROCA JUAN, J., «Comentarios al Código Civil...», *ob. cit.*, pág. 11; YACER MATAÇAS, M. R., «Tratado de Servidumbre», *ob. cit.*, pág. 983.

titutivo de la misma, o la posesión o prescripción inmemorial, o los hechos previstos en el artículo 541 del Código Civil.

2. Prueba de la perturbación por el demandado. Es absolutamente indispensable que se pruebe el hecho u hechos obstativos al ejercicio del derecho de servidumbre, y que realmente impidan su ejercicio.

Una vez probados, o no, estos extremos el juez declarará, o no, la existencia de ese derecho de servidumbre, y, si la sentencia es positiva, ordenará asimismo que se haga lo necesario para el libre disfrute y ejercicio del derecho de servidumbre.

Como se ve se trata de una acción con caracteres muy particulares y propios que en ningún caso pueden llevar a confundirla con una acción reivindicatoria, que corresponde a un propietario no poseedor, para recuperar la posesión perdida frente al actual poseedor. La reivindicatoria es una acción real recuperatoria, mientras que la confesoria es principalmente declarativa: en este sentido, la STS de 31 de octubre de 1952 diferencia la reivindicatoria de la confesoria, afirmando que «con la primera se pretende la declaración de un derecho de dominio y al mismo tiempo que se reintegre en él inmediatamente al legítimo propietario, para lo cual tiene que quedar la cosa perfectamente diferenciada de las demás. Pero en la acción confesoria, como sólo se persigue la declaración de un derecho y puede su titular hacerlo materialmente efectivo más o menos tarde, sólo se precisa, para la estimación de tal acción, que se declare la realidad de ese derecho, bastando que se diga dónde puede hacerse efectivo». Además, la primera compete al propietario, la segunda al titular de un derecho de servidumbre; la reivindicatoria se interpone contra un poseedor actual y sin título, y ésta contra el perturbador de su derecho.

No se puede, entonces, basándose en un título de dominio, tratar de fundamentar una pretensión de existencia de un derecho de servidumbre, pues aunque el dominio del actor sí se presume libre y pleno, eso no implica que además pueda limitar el dominio de otro a través de un derecho de servidumbre, sino más bien al contrario. Como el dominio del demandado, propietario del fundo sirviente, también se presume libre, sin cargas que lo graven, si afirmamos la existencia de un derecho real limitativo del mismo será siempre necesario probar la existencia de ese derecho de servidumbre.

Por último, la acción confesoria puede tener similitud con los interdictos. Aunque sería más correcto afirmar que más que semejanza es compatible con ellos, pues si el derecho de servidumbre resultara objeto de perturbación o despojo, el titular de esa servidumbre, como poseedor que es, está plenamente legitimado para interponer un interdicto posesorio con el fin de acabar con esa situación de perturbación. Eso sí, dentro del año correspondiente. A través de la confesoria se puede obtener ese mismo cese de perturbaciones, con la ventaja de que esta acción tiene un plazo de prescripción más largo (al no indicarse otra cosa, tendrá el plazo general de 30 años correspondiente a las acciones reales) (4). Pero, no se puede olvidar que, fundamentalmente, la acción confesoria persigue la declaración de la existencia del derecho. Son, por tanto, acciones distintas, aunque pueden tener cierta intersección, si lo que se pretende es, únicamente, restablecer la situación posesoria de hecho y poner fin a la perturbación que impide el libre ejercicio del derecho de servidumbre.

(4) La Ley 22/2001 establece expresamente ese plazo de prescripción para esta acción en el artículo 18.3, a contar desde el acto obstativo.

Vistas las semejanzas y diferencias con las dos acciones que más se le aproximan, queda claro que la acción confesoria es una acción particular, con unos presupuestos y requisitos muy determinados y específicos, que pretende solucionar un conflicto distinto, sobre todo muy distinto, al supuesto de hecho que da lugar a una reivindicatoria. Por eso, entendemos perfectamente adecuada la doctrina que el Tribunal Supremo establece en esta sentencia, en el sentido de que no es viable ni posible interponer una acción reivindicatoria, cuando lo que se pretende es confirmar un derecho de servidumbre y poner fin a la perturbación en su disfrute y ejercicio. Debe servirnos esta doctrina, que en principio cualquiera consideraría obvia, para recordar la utilidad y especialidad propia de la acción confesoria, ya que, repito, a mi juicio, está un tanto olvidada por la doctrina y profesionales del Derecho, pero que continúa plenamente vigente por hacer frente a una situación especial y propia.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD. ACCIÓN PUBLICIANA. ES UNA FACETA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Por Canteras Foj, S. A., se formuló demanda contra Fuerzas Eléctricas de Cataluña y Red Eléctrica de España, S. A., por la que se ejercía acción reivindicatoria para que se dictara sentencia en la que se declarase que el triángulo, sito en la caseta del repetidor de FECSA/REDESA que se señala en los mapas aportados, invade la finca de la actora, quedando dicha porción en posesión de la actora, que es su legítima propietaria; y que la otra porción señalada es de exclusiva propiedad de la actora por lo que las demandadas deben proceder a retirar los detritos, rocas y escombros que impiden la pacífica posesión, devolviendo la propiedad a la actora.

REDESA contesta a la demanda y solicita su absolución. FECSA contesta a la demanda, pide su absolución y formula reconvencción en la que solicita que se declare de su propiedad el terreno discutido, y por tanto se condene a Canteras Foj a indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por los destrozos en la finca.

Contra la sentencia de primera instancia formulan recurso de apelación los demandados, y la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia en la que se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, estableciendo lo siguiente:

Que el triángulo sito en la caseta de repetición de FECSA invade la finca de Canteras Foj, y por tanto debe procederse a su derribo.

Que la porción discutida es legítimamente poseída por Canteras Foj, y las codemandadas carecen de derecho alguno sobre él y debe procederse por tanto al retiro de las rocas, escombros y detritos.

La sentencia de apelación modifica parcialmente la de primera instancia en el sentido de que en este caso considera a Canteras Foj como legítima poseedora, y no legítima propietaria, como entiende la de primera instancia, y en eso radica la revocación parcial de la misma.

FECSA interpone recurso de casación al que se opone la sociedad actora, alegando incongruencia en la sentencia recurrida, pues a pesar de desestimarse la acción reivindicatoria interpuesta por la actora, se le concede un derecho de posesión que la recurrente no pretende ejercitarlo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y añade que el motivo no puede prosperar estableciendo la siguiente:

Doctrina.—No hay incongruencia cuando se da menos de lo pedido, aunque tal posibilidad no se haya planteado. Y añade que «la acción publiciana es una acción real que compete al poseedor civil de una cosa contra la que la posea sin título o con otro, pero con menos derecho para que le sea devuelta la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabo».

Y continúa afirmando que la acción publiciana ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a veces como una acción autónoma y otras embebida en la reivindicatoria mediante el expediente de suavizar la exigencia de la prueba del dominio reivindicado. Se considera, entonces, como «una de las facetas de la reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho». Esta doctrina ampara el razonamiento de la sentencia recurrida cuando acoge el mejor derecho a poseer los terrenos que describe en su fallo a favor de la demandante con la consiguiente condena al desalojo de las demandadas».

COMENTARIO

La admisión de la acción publiciana no es pacífica entre la doctrina, e incluso en la jurisprudencia del Supremo. En los últimos años parece que la balanza se inclina hacia su admisión, si bien, incluso admitiéndola, pueden defenderse dos tesis distintas, aunque lo que queda claro es que se defienda una u otra (que veremos a continuación), en nada se parece ya esta acción a la que fue concebida como tal en su origen romano.

En Derecho romano surge esta acción como defensa especial que se otorgaba a aquella persona que sin ser propietario, bien por faltarle alguno de los requisitos propios de la transmisión del dominio (la *mancipatio*, la *in iure cessio*), o bien por haber adquirido de un *non domino*, era un poseedor al que sólo le faltaba poco tiempo para usucapir, y por tanto merecía una defensa de su estado posesorio más amplia que la meramente interdictal de tan breve vida. De esta forma, el pretor Publio concedió esta acción para proteger a quien había adquirido de un modo no suficiente, frente al que la poseyera por un título inferior. Posteriormente, en el Derecho justinianeo, esta acción se adapta a la *possessio bonae fides* del que ha adquirido con justo título a *non domino*, perdura en derecho intermedio, pero desaparece en la Codificación, consecuencia de lo cual, hoy no se recoge en los textos legales.

Esto originó que se olvidara esta acción quedando relegada, y dudando sobre su admisibilidad al no ser contemplada expresamente por los códigos. Hoy resurge el debate sobre la posibilidad o no de admitir esta acción, y, básicamente, son tres las posturas que se defienden:

a) Rechazo a la acción publiciana: no se admite la acción publiciana en nuestro Derecho. No tiene cabida ni sentido esta acción, sobre todo argumen-

tando que las acciones posesorias en Derecho español prescriben en todo caso al año (1).

b) Admisión de la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria, es decir, la acción publiciana estaría embebida dentro de ella. El reivindicante no debe probar expresamente su dominio, sino que le basta probar su mejor derecho a poseer, su mejor título para poseer la cosa discutida frente al poseedor con título inferior que la posee. En este caso parece que lo que subyace es una rebaja o disminución o facilidad en la carga de la prueba del dominio del demandante en la reivindicatoria. Es necesario flexibilizar la rígida prueba dominical en la reivindicatoria, y por eso aunque no se pruebe el dominio, si se logra probar el mejor derecho a poseer, el demandante puede reclamar por esta acción, la posesión perdida (2).

c) Admisión de la acción publiciana como acción propia e independiente. Es una acción posesoria basada en ese mejor derecho a poseer, en una posesión superior, comúnmente aceptada que debe ser una posesión en concepto de dueño y hábil para usucapir. Pero el demandante, en ningún caso, debería ser propietario como en la reivindicatoria. Según esta tesis la defensa posesoria no se agota en los interdictos, como defienden los otros, y encuentra apoyo en el artículo 1.947 del Código Civil que admite la posibilidad de una demanda de reclamación de la cosa en juicio declarativo, en la que no se invoca el dominio, sino el mejor derecho a poseer, y asimismo en los artículos 445 y 348 del Código Civil (3).

La Jurisprudencia no ha arrojado demasiada luz sobre este asunto, pues unas veces admite la existencia autónoma de la acción publiciana, mientras que otras la considera una faceta u opción dentro de la reivindicatoria.

A) En una primera etapa, la jurisprudencia acepta la tesis de la independencia de la acción publiciana. Baste ver a este respecto las SSTs de 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927, 26 de octubre de 1931 y 28 de febrero de 1958. En concreto, la STS de 26 de octubre de 1931 sostiene que: «al estimar el Tribunal de instancia la acción publiciana, que subsidiariamente de la reivindicatoria se ejercitó en la demanda, no infringió la Ley 13... porque siendo aquella acción la que compete al poseedor civil de una cosa, contra el que la posee sin título o con otro, pero con menos derecho, para que le sea restituida con sus frutos, accesorios y abonos de menoscabos, no la desconoció y como justo título o cosa legal hábil para la adquisición del derecho, con buena fe, requisitos necesarios para que la acción naciese...» Más recientemente, encontramos las SSTs de 7 de octubre

(1) Postura defendida, entre otros, por GARCÍA VALDECASAS, «La acción publiciana en nuestro Derecho vigente», en *ADC*, 1948, págs. 78 y sigs., y ALBALADEJO, «La prescripción de la acción reivindicatoria», en *ADC*, 1990, págs. 25 y sigs.

(2) Defienden esta postura: CASTÁN, *Derecho Civil Español, Comun y Foral*, tomo II, vol. 1, ed. Reus, Madrid, 1987, págs. 221 y sigs.; ESPIN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Madrid, 1981, págs. 61 y 62.

(3) Entre los defensores de esta tesis se encuentran: DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 113-114; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 298-302; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1, Barcelona, 1978, págs. 252 y sigs.; CUESTA SÁEZ, *La acción publiciana*, Madrid, 1984; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

de 1982 (4) y 13 de enero de 1984, de las que también se deduce la posibilidad de existencia autónoma de esta acción basada en el mejor derecho a poseer, siempre que se tenga esa posesión de buena fe, con justo título, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, es decir, la posesión *ad usucapionem*.

B) En otras sentencias parece que el Tribunal Supremo se inclina por admitirla, si bien como faceta o subespecie de la reivindicatoria. Entre estas sentencias encontramos las SSTs de 21 de febrero de 1941, 23 de febrero de 1954, 6 de marzo de 1954 y 7 de octubre de 1982. Destacamos, por todas, las palabras de la STS de 21 de febrero de 1941, que fue la precursora de esta tesis: «Si bien la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía originaria y peculiar que ostentó en Derecho romano sino como una de las facetas de la reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa a quien la posea con menor derecho...»

Pues bien, la doctrina de la sentencia que se comenta coincide plenamente con esta tesis, la acción publiciana es posible, pero como faceta de la reivindicatoria. En aquellos supuestos en los que la prueba del dominio es imposible, debe rebajarse esa prueba, bastando la de la posesión *ad usucapionem* para justificar la restitución de la cosa, basada en su mejor derecho a poseer (con justo título y buena fe).

No comparto la doctrina de esta sentencia, ni en general la tesis de que la acción publiciana es una faceta o especie de reivindicatoria, embebida en la misma. Si admitimos esta tesis hay que admitir que uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia en cuanto a la viabilidad de la reivindicatoria: prueba del dominio del demandante ha sido modificado (5). En vez de probar el dominio, se admite (con base en accionar a través de la publiciana —hermana menor de la reivindicatoria—) la prueba del mejor derecho a poseer. Existe una rebaja, o relajo en cuanto al requisito indispensable para que prospere la reivindicatoria, de la prueba del dominio. Es cierto, como mantiene la STS de 7 de octubre de 1982, que «esa atenuación del rigor probatorio no supone su supresión», pero, que duda cabe de que sí implica su modificación.

Por lo tanto, modificado uno de los requisitos esenciales de la reivindicatoria, ¿debemos seguir manteniendo que se trata de una acción reivindicatoria la que procede en estos casos? ¿No sería más lógico considerar que, en determinados supuestos, lo procedente es una acción distinta de la reivindicatoria, llamada publiciana, porque para que prospere no es necesario el requisito de prueba del dominio, sino otro: prueba del mejor derecho a poseer? La misma

(4) Admite la posibilidad de dicha acción, si bien la relaciona, a continuación, con la reivindicatoria.

(5) En este sentido, afirmando la necesidad de prueba del dominio del actor en la reivindicatoria, véanse las siguientes SSTs: 15 de febrero de 2000, 23 de octubre de 1998, 30 de octubre de 1997, 30 de abril de 1997, 28 de marzo de 1996, 26 de mayo de 1994, 24 de enero de 1992 y 31 de enero de 1976. Y en concreto, la STS de 21 de mayo de 1992 afirma que para que prospere la acción reivindicatoria es esencial que «el reivindicante esté asistido de títulos necesarios, eficientes y suficientes de dominio, es decir, se le impone que «pruebe cumplidamente su relación dominical sobre la finca que reclama».

sentencia de 1982 citada admite la acción publiciana como subespecie de la reivindicatoria como «excepción basada en razones de utilidad». Esas razones de utilidad son facilitar la prueba del dominio, pero hasta tal punto que lo que se prueba no es el dominio, sino una posesión como dueño, una posesión de hecho, basada, eso sí, en un título. ¿No hemos cambiado uno de los requisitos fundamentales de la reivindicatoria? Si es así, desde mi punto de vista ya no estamos ante una reivindicatoria, sino una acción distinta, que es precisamente la publiciana.

Mantengo, entonces, que la acción publiciana tiene cabida como acción independiente, pues los supuestos de hecho que le dan lugar son bien distintos de los de reivindicatoria. En este caso no se trata de un dueño que ha perdido la posesión de la cosa, sino de un poseedor, que por llevar mucho tiempo (casi dueño) poseyendo, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, merece una defensa propia de su estado. Se ha hecho merecedor de una acción distinta derivada directamente de su mejor derecho a poseer, frente a quien le arrebató su posesión, basándose en su título más válido, diferenciándose así de la mera defensa interdictal que sólo se fija en el hecho posesorio.

Creo que la posesión durante mucho tiempo y en concepto de dueño genera un estado posesorio basado en un título, que por la propia intención del legislador debe quedar protegido por una acción propia. Pues del 446 del Código Civil, en conjunción con los ya citados 445 y 1.970 creo que cabe una defensa propia de este poseedor casi dueño. Y de lo que no me cabe ninguna duda es que no podemos tener una acción (reivindicatoria) en defensa de la propiedad, que varíe sus presupuestos para amparar un supuesto de hecho distinto, y a un sujeto distinto: el poseedor que no es dueño, aunque sea un poseedor muy especial. Ya no sería una acción en defensa del dominio, sino también en defensa de la posesión.

Por todo esto, y siempre desde mi punto de vista, la doctrina de esta sentencia no es acertada, y considero que sería preferible dar cabida a la acción publiciana como acción independiente en defensa de la posesión civil, en concepto de dueño, en todos aquellos casos en los que la pretensión se fundamente en el hecho posesorio, en una posesión de hecho especial, pues deriva de un título que le confiere un mejor derecho a poseer.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO. NO PROCEDE DE UNA COSA QUE FORMA PARTE DE UNA COMUNIDAD HEREDITARIA.—COMUNIDAD HEREDITARIA. PARTICIÓN DE LA HERENCIA. CONCEPTO, JURISPRUDENCIA, EFECTO; NO CABE LA DIVISIÓN DE UN BIEN CONCRETO ANTES DE LA PARTICIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presentaron los actores demanda contra cuatro personas, solicitando que se dictara sentencia

en la que se declarase: Primero: la división de la cosa común constituida por un solar sobre el que se ha edificado una nave, habiéndose de practicar la división entre todos los herederos y comuneros indivisos y, en caso de no ser susceptible de división o que resulte inservible para el uso al que se destina, se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás y, en el supuesto de no aceptarse esta solución, se vendan y se reparta el precio entre los herederos. Segundo: Que se declare que dos de los demandados —Ca. M. P. y Ci. M. P.— abonen la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute desde el año 1962 del solar y de la nave. Tercero: Que en cualquiera de los supuestos se impongan las costas a los demandados.

Los dos demandados mencionados contestaron a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando al Juzgado que desestimara todas las peticiones de la parte actora y le impusiera a ésta las costas del litigio. A los otros dos demandados se les declaró en rebeldía por no haber comparecido.

El Juzgado estimó la demanda en todos sus pedimentos. Apelada la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia fue revocada por la Audiencia Provincial, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. No se hace declaración alguna de condena respecto a las costas causadas en ambas instancias.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, el Supremo la confirma y condena a la parte recurrente al pago de las costas.

Doctrina.—La cuestión de derecho material que se plantea en este caso al Supremo es si se puede ejercitar la *actio communi dividundo* respecto de un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario después de haberse aceptado la herencia por los herederos pero sin haberse practicado la partición de la misma. Si se hubiera realizado la partición y subsiguiente adjudicación podría haber correspondido dicho bien a uno solo de los coherederos, a varios o a todos.

Como es sabido, la partición hace cesar la comunidad y transforma las cuotas abstractas e indivisas de los coherederos en derechos concretos sobre bienes determinados que se adjudican a cada uno de aquellos.

La Audiencia Provincial desestimó la demanda de división de la cosa común, presentada por unos herederos contra otros, al amparo del artículo 400 del Código Civil, argumentando que se trata de «un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia». No han acreditado que se haya llevado a cabo la partición de la herencia siendo «presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso de que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende».

Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario: «Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».

La STS de 25 de mayo de 1992 dice que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por partes iguales entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria».

La STS de 6 de octubre de 1997 sigue la misma línea de que «los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición».

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia que nos ocupa se dice que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia siguen la teoría sustitutiva o especificativa de la partición (1) según la cual la partición sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se le adjudican. La partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada heredero.

COMENTARIO

Como antes se expuso, el Supremo mantiene la sentencia de la Audiencia y expone de forma clara y tajante que de ninguna forma cabe el ejercicio de la acción de división, pretendida por los demandantes sobre un bien concreto perteneciente al patrimonio hereditario sin haberse practicado la partición de la herencia.

No se puede aplicar el invocado artículo 400 del Código Civil, que faculta a los copropietarios a pedir la división de la cosa común, porque este precepto exige tener un derecho de copropiedad sobre la finca cuya división se pretende y los coherederos carecen de tal derecho. Tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos y no quedará especificado sobre la finca concreta hasta que se les adjudique por la partición de la herencia.

Hasta que no se realiza la partición y adjudicación de la parte que corresponde a cada heredero no se produce la adquisición de bienes determinados de la herencia (2), en consecuencia, hasta que no se efectúa la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (3), pues, como dice el Supremo, ni siquiera una atribución en el testamento basta para que el heredero se declare propietario (4). Es, en definitiva, la partición la que atribuye el dominio contenido en el caudal relicto (5).

Volviendo a la *actio communi dividundo* hay que destacar que representa un derecho indiscutible e incondicional de los copropietarios (6) y debe resolverse únicamente entre los condueños de la cosa común, pero en este caso no hay condominio, por eso el Supremo no admite el ejercicio de la acción.

Al no admitir el Tribunal Supremo el juego del artículo 400, tampoco admite la supuesta infracción del 404, dado que ambos preceptos se asientan sobre la misma base: la división de la cosa común y, por tanto, parten de una

(1) SSTs de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991 y 28 de junio de 2001.

(2) STS de 5 de noviembre, que recoge una reiterada doctrina jurisprudencial.

(3) STS de 31 de enero de 1994.

(4) STS de 15 de febrero de 1999.

(5) STS de 3 de febrero de 1982.

(6) STS de 3 de junio de 1989 y 28 de marzo de 2003.

situación de copropiedad de la cosa; si bien el 404 da una solución para el supuesto de indivisibilidad de la cosa, a saber, una división no material sino de carácter económico, pero siempre que exista una copropiedad sobre la cosa. Precepto análogo al 1.062, referido a la partición.

En el supuesto contemplado en esta sentencia, el solar objeto de la contienda forma parte de una comunidad hereditaria y sería necesaria la partición para conferir la propiedad de los bienes, tal como dispone el artículo 1.068 del Código Civil.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

COMPRAVENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. PRECIO SUPERIOR AL LEGAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JULIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Don Andrés Navarro, que había comprado una vivienda de Protección Oficial a URBAISA, presenta demanda contra esta entidad reclamando la devolución, tanto de la parte del precio, en lo que excedía del establecido para dicha clase de viviendas, como de lo pagado en demasía por concepto de IVA, así como la elevación a escritura pública del contrato con la correspondiente subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda objeto de enajenación.

Doctrina.—La sentencia recurrida afirma que lo querido por las partes fue lo estipulado en el contrato y que el segundo documento sólo se firmó a efectos administrativos, echando en olvido una pacífica doctrina jurisprudencial según la cual la autonomía de la voluntad no siempre es absoluta, encontrando límites legales en supuestos como los contratos de venta de viviendas de protección oficial, en los que no existe total libertad en cuanto a la fijación del precio se refiere e incurriendo la promotora en fraude de ley al pretender dar valor al contrato en el que se fijó un precio superior al establecido por la Administración. Además, se establece como doctrina consolidada la de que cuando las partes, en supuestos como el que es objeto de los presentes autos fijan libremente un precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6 del Código Civil, pues tal sanción de nulidad no aparece prevista ni en el Real Decreto 2960/1976, que aprobó el texto Refundido de la legislación de viviendas de Protección Oficial, ni en el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de tales viviendas, ni en las normas reglamentarias que los desarrollan; en consecuencia, las infracciones aludidas únicamente son determinantes de sanciones administrativas y pérdida de beneficios. No siendo procedente, tampoco, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades.

COMENTARIO

Visto lo expuesto, hemos de concluir diciendo que contratos como el de autos han de estimarse válidos y eficaces en vía civil, sin perjuicio de las sanciones previstas en la normativa administrativa correspondiente. Además, las partes, con la creación de un nuevo documento, únicamente trataron de hacer figurar un precio de venta que permitiese obtener la calificación de Vivienda de Protección Oficial.

NULIDAD DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA. SU IMPROCEDENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—La entidad Banco Herrero, S. A., plantea en su escrito de impugnación la cuestión previa de que procedía estimar de oficio la caducidad de la acción ejercitada por los actores del pleito, en cuanto peticionaron la nulidad de la escritura otorgada por los litigantes.

Doctrina.—La caducidad puede ser apreciada de oficio planteándose entonces la determinación del cómputo inicial *dies a quo*, conforme a las previsiones del artículo civil 1.301, y esto hace que resulte decisivo que el plazo de cuatro años que fija el mencionado artículo 1.301 no haya sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la sentencia de 27 de febrero de 1997 al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad. Además, el consentimiento prestado por la recurrente y su esposo, como partes vendedoras, está viciado de error en la esencia, es decir, en la propia naturaleza del negocio que se dice celebrado y por ello debe ser declarado nulo con los efectos del tantas veces citado artículo 1.301. La sentencia recurrida decretó que no había tenido lugar relación de compraventa de las fincas en litigio, pues se daba ausencia de causa dirigida a haber querido llevar a cabo la transmisión efectiva del dominio de dichos inmuebles. Los juzgadores de instancia rechazaron la concurrencia de vicios invalidantes del consentimiento, error o dolo por ausencia de pruebas, y esta decisión es correcta, pues la apreciación de tales vicios requiere prueba cumplida de su realidad, prueba que incumbe a la parte que los alega. El consentimiento que la recurrente y su esposo prestaron lo fue para llevar a cabo negocio de préstamo con garantía de las fincas objeto de la supuesta compraventa, y esto fue la realidad jurídico-material del negocio convenido, ya que resultó probado que los litigantes convinieron negocios coaligados, por una parte los demandados se subrogaron en la hipoteca que los actores habían contraído con el Banco Herrero, S. A., asumiendo la deuda, y por otra parte, hubo un antecedente de acuerdo verbal de préstamo.

COMENTARIO

En la presente litis no cabe confundir causa con consentimiento, éste existió en el caso que nos ocupa y ningún vicio acreditado lo invalida y menos actúa con proyección a decretarse la nulidad de la escritura de referencia,

cuando en realidad se refiere a relación obligatoria para las partes distinta de la compraventa y en la que concurrió consentimiento suficiente y eficaz, por lo que el documento público no está por completo despojado de voluntad válida a cargo de los demandantes y en cuanto a la interna en conjunción con la de los compradores demandados. La realidad negocial querida la encuadra la sentencia recurrida en la fiducia *cum creditore*, pues si bien no ha habido una transmisión material de las fincas, ya que las conservan los demandantes, sí concurrió transmisión formal, que no tenía otra finalidad que asegurar a los prestamistas esposos demandados la devolución de las cantidades que habían desembolsado. La jurisprudencia de la Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes y ha venido a declarar que actúa como *causa fiduciae* no la enajenación propiamente, sino el afianzamiento del débito contraído, con lo cual el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, por no ser ésta la finalidad perseguida, pues sólo se pretendió la garantía, sin voluntad decidida ni vinculante de comprar o vender, por eso censura el pacto omisorio para hacer suyas las fincas y declara ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio fiduciario.

ASUNCIÓN DE DEUDA. CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—La entidad Caja Madrid insta un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, contra la entidad propietaria de una finca hipotecada, la firma «Báculos de Guadalajara, S. A.», como sucesora en la titularidad de la referida finca, «Inmobiliaria Egido, S. A.», que es la que concede el crédito hipotecario. Más tarde, dentro del mismo proceso, se sustituye la persona del deudor hipotecario, en base a la certificación expedida por el Registro de la Propiedad y apareciendo en la misma la parte recurrente y cumplimentando lo dispuesto en las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dicha parte recurrente insta la nulidad del referido procedimiento judicial sumario, ya que si se encuentran impagadas las cuotas del préstamo hipotecario es tan sólo porque la entidad actora se ha negado siempre a cobrarlas por no aceptar sus ofrecimientos de pago para adquirir con ello la posición del deudor hipotecario.

Doctrina.—Si hubo cambio en la persona del deudor demandado en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es porque la persona que aparecía como titular del dominio de la finca embargada, no era la misma que la que fue demandada *ab initio*, que sí lo era en el momento de inicio del proceso. Además, se debe proclamar que el acreedor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código Civil ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negocial por sustitución del deudor por otro nuevo figura conocida doctrinalmente con la denominación de asunción de deuda. Ahora bien, para que surja tal asunción de deudas, en cuanto supone que la sustitución del primitivo deudor por otro nuevo y ajeno a la

convención originaria, ha de constar dicho asentimiento siempre de modo claro, preciso, inequívoco y consecuente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria.

COMENTARIO

En el presente caso no ha habido aceptación alguna de cambio de deudor por parte de la entidad acreedora a través de la prueba documental obrante en autos y destacada en el *factum* de la sentencia recurrida. Es preciso, además, proclamar que el dato de haber dirigido el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria contra la misma significa la aprobación como acreedor a la novación por cambio de deudor asunción de deuda, puesto que si se hizo tal cambio de demandado en el tantas veces repetido procedimiento sumario, fue acatando totalmente lo ordenado en la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y no con otros fines de reconocimiento de un deudor, dentro del ámbito negocial. En conclusión, no hay razón alguna que dé pie a una declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en cuestión, ya que no se puede hablar ni de vencimiento de la obligación, ni por encontrarse impagadas las cuotas del préstamo hipotecario por causa de la negativa de Caja Madrid al cobro de las mismas, además la asunción de deudas es necesaria para que surja la novación que fundamentaría dichas tesis casacionales esgrimidas por la parte recurrente.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTROS. RECLAMACIÓN DEL PRECIO DE CARBURANTES SUMINISTRADOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Se reconoce a favor de Petróleos del Mediterráneo Activos Comerciales, S. A., la propiedad con condición de arrendadora de la gasolinera e industria en ella desarrollada y su posición de arrendataria, ya que el acceso a la titularidad dominical tuvo lugar por la adquisición a Campsa mediante escritura pública de 26 de marzo de 1992, al haber autorizado su escisión parcial por Real Decreto-ley 4/1991, de 29 de noviembre, y Ley 15/1992, de 5 de junio, para dar cumplimiento a la adaptación del sector petrolero español al marco comunitario. La condición de arrendataria subsistente en la mercantil que recurre proviene de la cesión del uso de las correspondientes instalaciones y equipo negocial, resultando válida la obligación que asumió el revendedor en cuanto a las obligaciones de compra en exclusiva durante el período de vigencia del contrato de explotación de la estación de servicio.

Doctrina.—En realidad, no se accede a la resolución del contrato que petitionaron las mercantiles recurrentes, toda vez que resultaron incumplidoras en cuanto a su obligación contractual de abastecimiento de la estación de servicio para que ésta pudiera atender a los pedidos de los clientes. Tal incumplimiento que se atribuye, se alega que no ha sido acreditado y debidamente probado,

sino que el Tribunal de Instancia lo dedujo, por vía de presunciones, para lo que tuvo especialmente en cuenta las certificaciones aportadas y expedidas por diversos Ayuntamientos correspondientes a la zona de ubicación de la gasolinera, que ponen de manifiesto un hecho real y cierto porque efectivamente ocurrió y no es otro que las protestas de los vecinos que tuvieron que soportar numerosos desabastecimientos de combustibles, y se sintieron perjudicados al tener que hacer desplazamientos a otros lugares para poder repostar, y si bien no se dice la causa de tal situación no se puede exigir que la misma tenga necesariamente que constar en dichos comunicados municipales, los que se limitan a recoger el malestar y críticas de los usuarios. La sentencia declara hecho demostrado que efectivamente se han producido desabastecimientos y esto conforma un incumplimiento grave por parte de las recurrentes, pues la subrogación operada a su favor lo es tanto de derechos como de deberes y cargas contractuales y de esta manera se atentó de forma tan directa y trascendental a la relación que liga a las partes, por ello no puede pedirse su resolución. La jurisprudencia de la Sala en este sentido es reiterada y constante al proclamar que la resolución de los contratos, con significación jurídica de su ineficacia, exige cumplimiento propio e incumplimiento de la otra parte que frustra la relación establecida, al contradecir lo pactado por la no prestación de lo debido, lo que veda, a su vez, incumplidor decisivo.

COMENTARIO

En el iter de la litis se observa que el Tribunal de Instancia se apoyó en hechos debidamente demostrados, los que tienen la suficiente intensidad para alcanzar, por vía de la lógica y razonar normal, que efectivamente no se produjo un suministro regular y adecuado. No se trata de un «invento» o una «fantasía» sino de hecho acreditado y que actúa como base fáctica suficiente para alcanzar situación de incumplimiento contractual efectivo, por la relación del hecho base y hecho consecuencia ajustada a las reglas del criterio humano.

TERCERÍA DE DOMINIO. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL TÍTULO COMO EXCEPCIÓN O RECONVENCIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del artículo 24 de la Constitución Española al haberse producido indefensión a la sociedad recurrente, indefensión consistente en que se ha conculcado la regla de igualdad de las partes en el proceso ante la imposibilidad de que el demandante responda o conteste las alegaciones que el demandado haya vertido en la contestación a la demanda.

Doctrina.—En la presente litis resulta conveniente que se precise el alcance que puede tener la reconvención en las tercerías de dominio, pues frente a la tesis que considera que el proceso declarativo que le sirve de cauce admite cualquier modalidad de reconvención e incluso, fuera de toda lógica jurídica, con infundado apoyo en suposiciones sobre inconstitucional por indefensión,

llega a argüir que debe permitirse la intervención de personas ajenas a la litis en la reconvencción formulada por el ejecutante en solicitud de la nulidad del título. Ciertamente es que la jurisprudencia nunca ha olvidado la naturaleza del juicio de tercería como incidencia de la ejecución, ni su finalidad básica, que no es otra que el levantamiento del embargo sobre los bienes trabados para excluirlos de la ejecución. Por ello, no cabe que se admita una reconvencción de objeto indiscriminado y, tras razonables titubeos acerca de su procedencia en el juicio de tercería, después de la aceptación de la legitimidad de la excepción de nulidad del título, como motivo de oposición frente al tercerista, se ha abierto paso a la doctrina jurisprudencial que tolera la reconvencción sobre la nulidad del título dominical; doctrina, en la que, sin duda habrá pesado la dificultad que en nuestro Derecho ofrece, a veces, la distinción entre la excepción y la reconvencción, sobre todo si se tienen en cuenta la amplitud del concepto de la segunda y la posibilidad admitida de la reconvencción implícita. Cuando la nulidad del título se hace valer como simple «excepción», el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciador, como establece la jurisprudencia, «se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista». Mas si la nulidad se plantea, por vía de reconvencción, será preciso constatar quiénes fueron partes en el contrato cuya nulidad se pida no para traer a ningún tercero al pleito sino para estimar si alguno de los sujetos en la relación jurídico material, que conforma el título, no es parte en la tercería, y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario, o más correctamente por insuficiente legitimación pasiva. Esta doble posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido, ya sea por vía de acción reconvenccional o por vía de excepción, la reiteran otras sentencias. La conclusión que la sentencia recurrida extrae acerca de que la compraventa era simulada por falta de un precio real en el contrato y falta de pago del precio, carece de enlace directo y preciso, según la regla del criterio humano. Además, tal opinión carece de apoyo, puesto que la Sala *a quo* no utiliza el régimen de presunciones para obtener los resultados probatorios sino que se basa en pruebas directas.

COMENTARIO

En la tercería de dominio no cabe reconvencción, pues no es un proceso principal e independiente, sino un incidente del proceso ejecutivo principal, en su caso, cabría reconvencción si se alega por la parte demandada en tercería de dominio, la nulidad del título del tercerista demandante, que también la puede plantear como excepción.

RESOLUCIÓN UNILATERAL POR CLIENTELA. EXISTENCIA DE UN PACTO DE EXCLUSIVA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—La parte demandada actúa como entidad concesionaria de la distribución mediante venta en exclusiva de los productos que le suminis-

traban las demandantes, y éstas servían los «pedidos» que les cursaba o interesaba la demandada de productos de su propia elaboración para los clientes de la cartera de la demandada misma, y, por ello, es un hecho innegable que la demandada, al cesar entre ambas partes tan rancias relaciones negociales, tenía ya una considerable y consolidada cartera de clientes, quien, al no poder seguir manteniendo relaciones comerciales con la demandada para —subsistir sus negocios— como seguían necesitando los productos de las demandantes, siguieron adquiriéndolos de éstas directamente o a través de su filial «Dichaza», siendo por tanto visto que las demandantes, en suma, han acrecido o incrementado, directa e inmediatamente, en los pedidos instados a su filial sus beneficios comerciales, pues, se ahorran, en el primer supuesto, el cien por cien, y en el segundo, un pequeño porcentaje, por ser dueñas prácticamente de Dicasa; y el abono de los derechos que, de haber proseguido la demandada —con la exclusiva—, a ésta hubieren tenido que satisfacer, por sus devengos, generándose, en definitiva, un enriquecimiento sin causa —alguna— jurídica que lo justifique, y que se traduce, si se glosan los efectos de la relación negocial a la inversa, en función de los derechos de la demandada, en una situación de pérdida de consolidadas expectativas de todo orden y, sobre todo, económicas que, incluso, pueden derivar hacia la bancarrota, pese a que, como fruto de una constante y paciente labor cuajó en la existencia de una cartera consolidada de clientes que permitió sufragar —cubiertos los gastos e impuestos— con sus beneficios, la mayoría de las necesidades, sino todas, de la empresa demandada.

Doctrina.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintible o respecto de ella puedan formularse reparos, y no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico rechazando la recalificación de un contrato debidamente conformado por la Sala en uso de su soberanía enjuiciadora sin que hubiere dado lugar a revisar la calificación al no incurrir la Sala sentenciadora en ningún desvío de ilegalidad o de irrazonabilidad, pues la interpretación y calificación del contrato es función que corresponde al Tribunal de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Derecho. También se debate por la Sala que el empleo de la denuncia unilateral de los pactos de exclusiva no implica abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspasa los límites de la equidad y de la buena fe; límites que la sentencia de instancia no atiende para resolver, imponiendo una consecuencia indemnizatoria sin entrar a considerar en la resolución del vínculo actuación abusiva alguna de parte, no incumplimiento previo de la contraparte; que no se comparte el criterio de la recurrida al no atenerse a los límites citados de equidad y buena fe que impiden

la indemnización acordada y sin considerar que la demandada no procedió al pago del precio, por lo que incumplió su obligación. Además, la determinación de cuál de los contratantes es el que primeramente ha infringido el contrato, puede constituir una *quaestio iuris* cuando la base para ello, como acontece en el presente caso, esté más que en los actos ejecutados u omitidos en la trascendencia jurídica de los mismos; y se sostiene que el hecho de que por la concedente se atribuya la distribución de los productos a otra entidad se explica porque previamente había hecho lo mismo la recurrida, vulnerando esa exclusiva. Se suscita además la duda de si procede que al denunciar las demandantes unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva se decrete haber lugar a que las demandantes mismas indemnicen a la demandada como consecuencia de la demanda reconvencional por ésta planteada o sólo procede tal indemnización si la denuncia unilateral deducida como causa de extinción del contrato es abusiva, y ello con independencia de que haya o no justa causa de resolución. Según el Tribunal Supremo, la denuncia unilateral procede siempre que no implique abuso del ejercicio del Derecho y no procede si la persona que usa de tal derecho de resolución unilateral traspasa los límites de la equidad y de la buena fe, pues la facultad de desistir unilateralmente de un contrato es posible y válida.

COMENTARIO

En realidad, vistos los antecedentes expuestos, no se puede exonerar a la concedente infractora de asumir las consecuencias de una resolución unilateral, que si bien prospera en cuanto a la extinción del contrato de suministro por su conformación, no por ello desprotege a quien, como la recurrida, con su larga trayectoria comercial adscrita a la recurrente, impulsa el negocio de distribución, acrecenta los pedidos y, en definitiva, propicia un superior valor para los intereses de la recurrente, todo lo cual conforma un conjunto integrador del acervo comercial o fondo de comercio, y comporta la denominada clientela como realidad económica que ha de resarcirse por quien se aproveche de aquellos aportes, pues, de lo contrario, se produciría un evidente enriquecimiento injusto a su favor y en perjuicio de la promotora de esa laboriosa trayectoria profesional.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD POR VICIOS CONSTRUCTIVOS. OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN DE LOS VICIOS RUINÓGENOS DE UNA CONSTRUCCIÓN.— ESTÁN OBLIGADOS A REPARAR EL DAÑO AQUELLAS PERSONAS A LAS QUE SE CONSIDERE RESPONSABLES DE LA PRODUCCIÓN DE TALES VICIOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PROMOTOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía a instancia de una Comunidad de Propietarios contra la entidad promotora de las viviendas, los arquitectos directores de la misma y los arquitectos técnicos, en la que se solicita que se condene solidariamente a los codemandados para que dentro del plazo que se fije procedan a:

1. La realización de las obras necesarias para reparar los vicios y defectos constructivos existentes, así como reconstruir los distintos elementos insertos que no sirven para su fin.

2. Para el supuesto de que los codemandados incumpliesen tales obligaciones, se mande ejecutar a su costa solidariamente.

3. Subsidiariamente, y sólo para el caso de que la fijación de la cuantía que se condene a satisfacer por los codemandados, no lo sea de forma solidaria, se solicita igual condena para aquellos de los demandados que resulten condenados por la parte de culpa o negligencia que se les impute.

Asimismo se solicita indemnización por los daños y perjuicios causados y que se impongan las costas a los demandados.

Doctrina.—En los últimos años se ha consolidado la línea jurisprudencial en relación con los agentes del mundo de la construcción, de que si existen varios responsables, éstos responden solidariamente.

COMENTARIO

Es preciso detallar, por las cuestiones que se dilucidarán posteriormente, los vicios constatados en el informe pericial y que no han sido objeto de discusión y que son los siguientes: las barandillas de las terrazas de uno de los bloques, humedades en algunas zonas del forjado del aparcamiento situado en la planta sótano, los vestíbulos de escalera de la planta baja, donde penetra el agua de lluvia, falta de seguridad en los cerramientos traslúcidos de los huecos de iluminación de las cajas de escalera, posible peligro de caída de alguna lama de aluminio en las operaciones de limpieza de los cerramientos de las galerías de los lavaderos; humedades en los techos de las últimas plantas de los pisos que se indican en dicho dictamen, así como en el techo de la caja de la escalera y la pared lateral de uno de los edificios, y por último los montantes de aluminio que dan al exterior de un piso que recogen el final del tabique de separación entre dos habitaciones y en donde se forma una corriente de aire.

El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda y condena solidariamente a todos los demandados a la reparación de los vicios existentes. Se interpusieron varios recursos de apelación, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por la promotora, y estimó en parte los recursos interpuestos por los arquitectos directores y técnicos, condenando a los arquitectos directores sólo por la falta de protección entre la escalera y los parámetros traslúcidos, a uno de los arquitectos técnicos por todas las deficiencias excepto por las humedades, absuelve al otro arquitecto técnico y confirma la sentencia de primera instancia en relación con la empresa promotora, quien interpone recurso de casación.

El recurso de casación se formula sobre la base de varios motivos. El primero al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC (1881), por violación de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate en relación con el artículo 1.591 del Código Civil. Considera la recu-

rente (empresa promotora), que procede revocar la sentencia recurrida y estimar la excepción de litis consorcio necesario pasivo propuesta desde el inicio de las actuaciones, debiendo dar entrada a la empresa que ejecutó materialmente la obra y que fue contratada por la promotora. Sobre la cuestión se pueden hacer las siguientes consideraciones:

Es cierto que si nos atenemos al tenor literal del artículo 1.591 del Código Civil (1), que establece que responde de los vicios que arruinasen un edificio el contratista y el arquitecto que la dirige si los vicios son del suelo o de la dirección de la obra, el promotor-vendedor no está contemplado y por lo tanto no se le podrían pedir responsabilidades, al menos sobre la base de este artículo.

Sin embargo, ante la aparición de esta figura del promotor-vendedor no contemplada y por lo tanto ausente de tratamiento jurídico, ha sido como en tantas ocasiones (2), la jurisprudencia, en su labor complementadora del ordenamiento, la que le ha dado entrada en el ámbito inmobiliario describiéndola y poniéndola en el mismo lugar que al contratista, en cuanto sujeto generador de actividades proyectadas sobre la construcción y sobre cómo han de realizarse las mismas (3). En este sentido existe una abundante jurisprudencia como la que es objeto de análisis que declara que: *En una función integradora del artículo 1.591 del Código Civil, la jurisprudencia ha venido a incluir entre las personas intervinientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en el citado precepto se regula, al constructor promotor, que reúne, generalmente, en una misma persona, el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio. Los criterios determinantes de la inclusión de promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1.591 fueron, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala, los siguientes: a) que la obra se realice en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos, y e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias (9 de marzo de 1988, 8 de julio de 1992, 8 de octubre de 1990 y 1 de octubre de 1991), incluso ha dicho esta Sala, en sentencia de 13 de julio de 1987, que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmi-*

(1) Respecto del mismo existe en la actualidad un debate sobre si tras la aprobación de la Ley de Ordenación de la Edificación de noviembre de 1999, este artículo ha quedado derogado totalmente o solo parcialmente.

(2) Traemos como ejemplo una figura que sin estar regulada legalmente, está perfectamente perfilada por la jurisprudencia. Me estoy refiriendo al contrato de corretaje en el ámbito civil.

(3) Así lo pone de manifiesto ROUANET MOTA en «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruínógeno», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 2002, pág. 478.

tió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora».

Observamos cómo la Sala, además de extender al promotor la responsabilidad que contempla el artículo 1.591 del Código Civil para el contratista, lo hace no sólo en los casos en los que el promotor es dueño del terreno y constructor de la edificación, y por tanto propietario de la edificación y beneficiario último del proceso de edificación, sino también cuando sólo actúa como promotor-vendedor, sin haber ejecutado materialmente la obra, ya que en este caso, como señala ROUANET MOTA, «sigue apareciendo como beneficiario último y principal del negocio jurídico-económico en que consiste el proceso constructivo» (4).

Actualmente la figura del promotor aparece regulada en el artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, definiéndolo en su apartado primero:

Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (5).

Enlazamos con el segundo motivo del recurso referente al litis consorcio pasivo necesario. Se define esta figura como «...la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro lado, la posibilidad de sentencias contradictorias...» (6).

La entidad promotora pretende que se revoque la sentencia y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al acto denegatorio del Juzgado de Primera Instancia. Considera el Tribunal Supremo que no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, señalando expresamente que «...para obtener la reparación de los vicios ruinógenos de una construcción es evidente que solamente están legitimados para soportar el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal que dicho precepto configura, aquellas personas a las que se considere responsables de la producción de tales vicios (constructor o director técnico de la obra), con la demanda de los cuales queda plena y correctamente construida la relación jurídico-procesal (...) Y puesta en relación la doctrina que mantiene con la doctrina expuesta en el anterior párrafo, desaparece toda posibilidad de necesidad de aceptación de la excepción de litis consorcio pasivo necesario que alega la recurrente, sin que la relación jurídico-procesal esté defectuosamente establecida por la ausencia como demandada de la constructora, contratada por la recurrente (...).

(4) *Loc. cit.*, ROUANET MOTA, «Los agentes intervinientes...», en RDP, pág. 479.

(5) Este concepto ha sido el resultado de una evolución, pues si nos retrotraemos tres décadas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1974, definía al promotor como «...aquél que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la construcción llevada a cabo sobre aquél...».

(6) Sentencia de 18 de septiembre de 1998.

Por lo tanto, la sentencia dictada no puede afectar a la empresa constructora contratada por la recurrente y demandada en autos, otra cosa diferente es que, la promotora, recurrente en esta instancia, pueda iniciar cuantas acciones estime oportunas contra la empresa que ella misma contrató para ejecutar materialmente las obras. Se podría decir que hay por parte de la entidad promotora una culpa *in eligendo*, al haber elegido mal, ya que de los hechos probados la ejecución ha sido incorrecta, se podría añadir que ha habido una falta de vigilancia en la ejecución de la misma, lo que llevaría a una responsabilidad *in vigilando*.

En el cuarto motivo declara la recurrente infracción del artículo 359 de la LEC por falta de congruencia, indicando que procede aceptar la excepción de litis consorcio pasivo necesario invocado por la parte, al ser discernibles las responsabilidades de cada uno de los actuantes en la construcción.

Es cierto que de la combinación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil se desprende que a no ser que se diga expresamente otra cosa, cada uno responderá de la parte que le corresponda. Pero, en los últimos años se ha consolidado la línea jurisprudencial en relación con los agentes del mundo de la construcción, de que si existen varios responsables estos responden solidariamente, y así se ha puesto de manifiesto entre otras sentencias por la de 31 de marzo de 1992, que afirma que: *«...La creación del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en la hipótesis de que en la ruina en la edificación, ya sea ésta funcional o física, se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las que corresponden a unas y a otras, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haber precisado la atribuible a cada uno de ellos, la prestación o exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente.*

La Sala en esta ocasión manifiesta que para resolver la cuestión de la solidaridad en relación con la responsabilidad decenal han de tenerse en cuenta, y señala expresamente: *«a) de una parte, el principio de personalidad de la responsabilidad, el suum cuique exige que cada uno no responde más que de su propia culpa; b) de otra parte, se alza el deseo, más bien necesidad, de procurar una satisfacción al perjudicado. Teniendo en cuenta estos principios, como regla general, cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo, responde de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina que tenga causa en su respectiva actuación; por ello, si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentre igualmente delimitado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina. Sin embargo, cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible determinar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, siguiendo la tendencia a apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.*

Se puede considerar que estamos ante la denominada «solidaridad impropia», esto es, aquélla que es preciso establecer por necesidad de salvaguardar el interés social cuando no se pueden individualizar los respectivos comportamientos en los agentes que intervienen en la construcción del edificio. Así

se ha puesto de manifiesto por el Alto Tribunal en una reiterada doctrina, señalando entre otras, por su claridad, la sentencia de 8 de junio de 1998 que establece: «*La doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya consolidada y pacífica hasta la saciedad, afirma el principio de responsabilidad solidaria cuando no se pueden separar las conductas causadas en caso de responsabilidad por ruina, de promotores, contratistas y arquitectos y aparejadores, aunque tengan origen diferente*».

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: FALLECIMIENTO DE UN MENOR DURANTE LA DISPUTA DE UN PARTIDO DE FÚTBOL POR CAÍDA DE PORTERÍA.— RESPONSABILIDAD DE LOS CODEMANDADOS AYUNTAMIENTO (ARRENDADOR) Y DEL ARRENDATARIO DE LA INSTALACIÓN DEPORTIVA MUNICIPAL. CONCURRENCIA DE CAUSAS. COMPENSACIÓN DE CULPAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—El día 24 de octubre de 1994 falleció el menor José Antonio T. P., de doce años de edad, cuando participaba en un partido de fútbol en las instalaciones deportivas del club «Las Encinas». Las lesiones mortales se produjeron cuando en el transcurso del partido el menor se agarró al larguero de una de las porterías, balanceándose sobre el mismo y cayendo al suelo, y tras él la portería, que indebidamente sujeta al suelo, le golpeó provocándole la muerte.

Los padres del menor por sí y en representación de sus hijas, interpusieron demanda de responsabilidad civil en reclamación de daños y perjuicios contra don Juan Diego I. T. (arrendatario de las instalaciones del club), las aseguradoras de riesgos (Cía. de Seguros la Unión y el Fénix y Cía. de Seguros Caser Grupo Asegurador) y el Ayuntamiento de Alfacar (propietario del club).

El Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Granada, en sentencia de 19 de mayo de 1997, condenó al Excmo. Ayuntamiento de Alfacar a pagar a los actores la suma de 15.000.000 de pesetas e intereses legales devengados desde la fecha de la resolución hasta el total pago o consignación. Estimando la falta de legitimación pasiva alegada por Cía. Caser y absolviendo a los demás demandados.

En apelación, la Audiencia Provincial de Granada (sección cuarta) en sentencia del 4 de marzo de 1998, confirmó la falta de legitimación pasiva de la codemanda Cía. de Seguros Caser, y condenó a los demandados (Ayuntamiento de Alfacar, a don Juan Diego L. T. y a la entidad aseguradora «La Unión y el Fénix Español, S. A.»), a abonar solidariamente a los actores la suma de 15.000.000 de pesetas, más los intereses legales, con imposición de las costas por los actores de primera instancia, y siendo satisfechas por el Ayuntamiento de Alfacar las producidas enalzada por los demandantes, sin hacer especial pronunciamiento del resto de las causadas.

Los demandados interponen un doble recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declaró haber lugar.

Doctrina.—Del doble recurso en casación debe señalarse que todos los motivos, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881, tienen en común que están basados en imputar la responsabilidad, aparte de la culpa exclusiva de la víctima, a la otra parte del arrendamiento.

Del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alfacar cabe destacar, por su interés, el motivo cuarto, que considera infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la doctrina..., entre otras, de las sentencias de 21 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 1993, al considerar que existe culpa exclusiva de la víctima; se expresa que, de la misma mecánica del suceso, según la propia Sala, ocurrido cuando el menor que jugaba al fútbol se agarró al larguero de una de las porterías, no cabe entender que esas porterías debían estar sujetas al suelo —que el Reglamento no impone— y que también la Sala *a quo* no la fija como elemento de imputabilidad y, asimismo, que —se añade— fue la conducta del menor la que, en su práctica deportiva, provocó la caída de la portería y su posterior muerte, al colgarse balanceándose de ese larguero.

El motivo se acepta pues..., también cabe imputar culpabilidad a la víctima porque, sin que exista otro asidero fáctico que explique el por qué, se tuvo que agarrar el mismo al larguero de la portería balanceándose violentamente sobre el mismo, como consta en el atestado de la Guardia Civil, ...no controvertido y, por ello, sin que pueda admitirse que esa actitud sea una suerte de lance inevitable en el juego, lo indiscutible es que, a sus results, se desprendió la portería y se produjo su caída y la muerte ulterior. Ello, la Sala que juzga lo aprecia como una dinámica concurrente de concausas en la producción del evento y el consiguiente efecto compensador de culpas y carga económica relativa a detraer de la suma fijada el 10 por 100 en que se reduce la indemnización acordada...».

En cuanto al recurso interpuesto por don Diego I. T. y su compañía aseguradora, en el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 1.902 y 1.104 del Código Civil, respecto a la relación de causalidad, la diligencia exigible y su valoración a la hora de condenar al arrendatario de las pistas, así como de la jurisprudencia correspondiente, pues, dado el contenido del arrendamiento suscrito entre el recurrente y el Ayuntamiento de 2 de julio de 1990, existía una especie de explotación conjunta de las instalaciones, ..., en la idea de que era el Ayuntamiento el encargado de responder del mobiliario deportivo y de las instalaciones multidisciplinarias, por lo que no cabe atribuir la misma falta de diligencia al recurrente que a esa Entidad.

El motivo no triunfa porque la Sala sin perjuicio de tener en cuenta la posibilidad de uso compartido por el Ayuntamiento, en lo concerniente a la imputabilidad de la culpa al recurrente en el suceso, lo señala, ..., al decir: «No sirven de excusas con el fin de exonerar el comportamiento del señor Diego. Si el conjunto deportivo no estaba cuidado y, además en la pista donde ocurrió el accidente, las vallas, por su mal estado, permitían la entrada de menores (que sin la vigilancia adecuada corrían los riesgos de la irreflexión propia de la poca edad) mal se han de traer a colación argumentos defensivos, como los ya rechazados...».

El motivo segundo denuncia la infracción de los principios generales del derecho, en concreto la equidad..., interpretación errónea de los artículos 3.2, 1.103, 1.902 y 1.903 del Código Civil, así como de la jurisprudencia correspondiente. Se trae a colación que, en relación con esa posibilidad de atemperar la responsabilidad o consecuencias punitivas que marca el artículo 1.103,

debía el Tribunal hacer uso de la equidad para atenuar el monto declarado, sobre todo cuando la conducta del menor contribuyó al desgraciado suceso, se afirma que ocurrió porque se «balanceaba violentamente sobre la portería», tal y como se constata en el recurso anterior.

Sobre la fijación del *quantum*, la Sala *a quo* lo razona con acierto en su FJ 1.º ... al decir «...Y en la indemnización reclamada, al descansar en el daño moral (se recuerda esto): A) En el dolor de los padres (y hermanos), íntimo, intenso; nunca puede existir un valor económico que lo compense; y B) Dada la condición del daño tratado, no es posible una estricta, dosimétrica valoración económica del mismo, por lo que juega en él el prudente arbitrio del Juzgador, que lo atempera en cada caso...».

...esa pretensión del motivo de atenuar el monto declarado, ...se embebe en la acogida del motivo 4.º del recurso anterior al reducir la suma de la indemnización acordada en el citado 10 por 100, por lo que, por ese efecto de rechazo, se acoge el presente motivo con las consecuencias legales derivadas, sin que reduzca además en la idea del motivo, ese *quantum*, porque, sobre ello la discrecionalidad razonable de la instancia impide cualquier reajuste casacional. Se estima el motivo y con ello el recurso con los demás efectos legales derivados.

COMENTARIO

Esta sentencia aborda el tema de una actividad deportiva popular, el fútbol (1), que adquiere especial interés cuando es practicada por menores dentro de centros deportivos. Desgraciadamente, los accidentes sufridos por menores durante los partidos, al colgarse o balancearse de las porterías y caerles éstas encima, son muy frecuentes.

Esto es, precisamente, lo que le sucedió a José A., que falleció a los doce años cuando se hallaba en las instalaciones deportivas del club «Las Encinas», participando en un partido de futbito con otros menores. El club deportivo era propiedad del Ayuntamiento de Alfacar y lo explotaba el arrendatario don Diego I. T. El citado arrendatario tenía concertado un seguro de riesgos con la Cía. de Seguros Unión y Fénix, S. A., y según consta en el contrato de arrendamiento, el Ayuntamiento nunca dejó de utilizar las instalaciones deportivas.

Los padres del menor fallecido demandaron al Ayuntamiento, al arrendatario de las instalaciones deportivas y a la compañía de seguros de este último, solicitando una indemnización de 15 millones de pesetas. La sentencia de 19 de mayo de 1997 del Juzgado de Primera Instancia, condenó al Excmo. Ayuntamiento de Alfacar a pagar a los actores la suma de 15.000.000 de pesetas e intereses legales devengados desde la fecha de la resolución hasta el total pago o consignación, y absolvió a los demás demandados.

La Audiencia confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia y condenó al Ayuntamiento, al arrendatario del club don Diego I. T. y a su com-

(1) Sobre el tema puede verse FERNÁNDEZ COSTALES, J., «La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos», en *La Ley*, 1985, págs. 948 a 957. Y «La responsabilidad civil deportiva», en *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, AA.VV., coord. por MORENO MARTÍNEZ, Madrid, 2000, págs. 227 a 249.

pañía de Seguros, a indemnizar solidariamente a los padres del niño con la cantidad de 15.000.000 de pesetas, más los intereses legales con imposición de costas.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los codemandados en el estricto sentido de reducir el 10 por 100 la suma declarada en la sentencia recurrida, confirmándose en todo lo demás, sin expresa condena en costas.

Como señala el Preámbulo de la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre (2): «el deporte, en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria. El deporte se constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. ...Y, como sigue afirmando el preámbulo, el fenómeno deportivo, actividad libre y voluntaria, presenta aspectos claramente diferenciados...».

En este comentario se aborda un supuesto de práctica deportiva del ciudadano como actividad espontánea, desinteresada y lúdica o con fines educativos y sanitarios que se caracteriza porque la realiza un menor.

La doctrina que ha estudiado el tema, generalmente encuadra estos supuestos de responsabilidad civil, dentro de los daños sufridos por los propios deportistas, por inseguridad de las instalaciones deportivas, lo que nos lleva a analizar, en primer lugar, la responsabilidad del propietario y del arrendatario de las mismas.

Empezando, por tanto, por la responsabilidad de la Administración (3), en este caso del Ayuntamiento, motivada por su calidad de propietario de las instalaciones, hay que señalar que, como afirma ORTÍ VALLEJO (4): «Unas instalaciones que no ofrecen las adecuadas medidas de seguridad para la práctica de un deporte son determinantes del surgimiento de responsabilidad del titular que las explota, porque precisamente el deportista que decide utilizarlas en la mayoría de los casos lo hace para disminuir los peligros de la práctica deportiva... compartimos su opinión cuando, además, señala examinado un supuesto que ocurrió durante un encuentro de fútbol, «que se exige una diligencia extrema, en el caso de que los usuarios de las instalaciones sean menores de edad, lo que ocurre muy frecuentemente con las instalaciones deportivas municipales».

En nuestra opinión, en este caso es claro que el Ayuntamiento no obró con la diligencia exigible, ni tomó todas las medidas de seguridad necesarias para evitar este tipo de accidentes, pues si bien es verdad que tenía las instalaciones arrendadas, nunca dejó de utilizarlas ni dejó de servirse de ellas y lo hizo sin ejercer el más mínimo deber de vigilancia y cuidado sobre el efectivo

(2) BOE de 17 de octubre de 1990, núm. 249.

(3) FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 956.

(4) ORTÍ VALLEJO, A., «La responsabilidad civil en la práctica de actividades de ocio peligrosas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, AA.VV., coord. por REGLERO CAMPOS, F., págs. 1459 a 1493, 2.ª ed., Madrid, 2003, págs. 1467 y 1468. También, «La jurisprudencia civil deportiva», en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 4/2000, págs. 37 a 48.

cumplimiento y mantenimiento de las instalaciones, por lo que no cabe duda de que es responsable.

Es verdad que se puede sostener, como así lo hace el Ayuntamiento, que no cabe entender que las porterías debían estar sujetas, ya que el Reglamento no lo impone, y que la culpa fue la conducta del menor la que provocó la caída de la portería y su posterior muerte al colgarse balanceándose de este larguero.

Conviene recordar que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de enero de 2004, afirma que: «es unánime la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide la apreciación de la responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica, a la que se le demanda el cumplimiento de la obligación de reparar el daño».

Ha de destacarse asimismo, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 17 de enero de 2000, «que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuridicidad, no basta con que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengán impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso. En la misma línea la sentencia de 11 de mayo de 1996».

Como es bien sabido, tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1.902 del Código Civil consagra como régimen general en nuestro derecho la responsabilidad por culpa o subjetiva, de tal forma que para que nazca la obligación de reparar el daño es necesario que haya culpa o negligencia en la acción u omisión que lo causa. Frente a ella se alza la responsabilidad objetiva o sin culpa, en el que basta acreditar el daño para que habiendo un nexo de causalidad entre éste y la actividad que lo ha producido, nazca la obligación de reparar, consagrada como régimen excepcional en los artículos 1.905-1.908 y 1.910 del Código Civil, y que tiene su campo de cultivo, fuera de su regulación, en las actividades que generan riesgo.

La doctrina ha resaltado cómo la jurisprudencia ha evolucionado gradualmente, siendo cada vez menos rigurosa en la existencia de la culpa, debilitándose el criterio culpabilista en busca de soluciones cuasi objetivas, hasta llegar a la responsabilidad por riesgo.

Así, la sentencia de 9 de junio de 1993 (RJ 1993, 4472) del Tribunal Supremo enseña que si bien es cierto que la jurisprudencia ha ido evolucionando, a partir del 10 de julio de 1943 (RJ 1943, 856), en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que ese desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o manteniendo el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, siendo de citar en este aspecto las sentencias, entre otras, de 29 de marzo y 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 1652 y 2123); 9 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1207); 21 de junio y 1 de octubre de 1985 (RJ 1985, 3308 y 4566); 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 (RJ 1986, 329, 444 y 1788).

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1993, recoge claramente esta evolución al señalar: «en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual “ex” artículo 1.902 del Código Civil... la doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del

agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum, eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culpable toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos [en el mismo sentido la propia sentencia recoge las siguientes sentencias de 16-10-1989, 8 de mayo y 8 y 26 de noviembre de 1990 y 28-5-1993]. Igualmente reitera la doctrina de la anterior la sentencia de 7 de abril de 1997.

En cuanto a la responsabilidad del arrendatario del club, coincidimos con el Tribunal Supremo en que debería haber mantenido y vigilado adecuadamente las instalaciones, siendo como era además el encargado del mobiliario deportivo.

Recordemos que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, como puede extraerse de la sentencia de 7 de julio de 1997 (RJ 1997, 5508), y 24 de julio de 1997 (RJ 1997, 5766), el que «la culpa extracontractual sancionada en el artículo 1.902 del Código Civil no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar», sentencia de 22 de abril (RJ 1987, 2723), 17 de julio (RJ 1987, 5801 y RJ 1987, 9974) y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9282), 12 de julio de 1989 (RJ 1989, 5606), 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1554) y 27 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6746), lo que se reitera en la sentencia de 4 de junio de 1991 (RJ 1991, 4415), en que se afirma que la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos...».

Por todo lo anterior, creemos que deberían haberse tomado medidas que impidieran el uso de las instalaciones por menores solos sin la vigilancia adecuada, además de haber anclado debidamente las porterías o usar alguna medida que impidiese su caída, así como haber utilizado carteles que advirtiesen del peligro que supone el sujetarse de las porterías.

En el tema de la necesidad o no de anclajes de las porterías, la jurisprudencia no ha mantenido una línea unánime.

Así, encontramos un grupo de sentencias en las que se considera que la responsabilidad de la Administración deriva de que no empleó la diligencia debida al no tener bien sujetas las porterías como la:

Sentencia de 1 de diciembre de 2003 (5) (RJ 2003/8365). En la que se reclama indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento de un me-

(5) Un comentario muy interesante sobre la sentencia lo hace el profesor PIÑEIRO SALGUERO, J. bajo el título: «¿Canasta o trampa mortal? Comentario a la sentencia de 1-12-2003», en *InDret*, abril de 2004.

nor (6) al caerle encima el armazón de una canasta de baloncesto existente en unas instalaciones deportivas municipales. Se declara que existe responsabilidad del Ayuntamiento al no cercar las instalaciones ni asegurar el anclaje o contrapeso de las canastas. De esta sentencia reproducimos parte de su Fundamento cuarto, en el que se afirma: «que la Audiencia Provincial ha llegado a la conclusión de que el accidente de autos no podía ser considerado un supuesto de fuerza mayor, al evidenciarse una falta del cuidado y la atención debida generadora de culpa por parte del Ayuntamiento demandado, el cual no tenía cercada la instalación deportiva en que acaecieron los hechos de la que era titular, ni había actuado con la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto que requerían, o bien que las canastas o porterías de baloncesto contaran con el debido anclaje o contrapeso para evitar su vuelco, o bien que cuando las mismas no se utilizasen fuesen retiradas dejándolas tendidas en el suelo, por el peligro potencial que conlleva su diseño».

En este sentido también se pronuncian algunas sentencias de la Jurisprudencia menor como la:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 17 enero de 2000 (AC 2000/923). Sobre reclamación de daños y perjuicios versa sobre las lesiones sufridas por menor de doce años durante la disputa de un partido de fútbol (7), celebrado en instalaciones deportivas municipales como consecuencia de la caída de una de las porterías, que no estaban ancladas, cuando el menor estaba colgado. Se establece la responsabilidad del Ayuntamiento demandado y de la empresa contratista que se encargaba de la vigilancia y mantenimiento del centro público.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de febrero de 2003. En la que un menor sufre lesiones graves al colgarse del palo transversal de la portería, que no se encontraba adherida al suelo, cuando estaba jugando un partido de fútbol. En este caso, las instalaciones eran de una Asociación recreativa a la que se considera responsable en concurrencia con la culpa del menor lesionado.

También hemos encontrado alguna sentencia que considera que la Administración no es responsable por las lesiones producidas por caída de una portería a pesar de no estar bien sujetas al suelo:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 mayo 2001 (AC 2001/2224). En este caso se trataba de las lesiones sufridas por menor al caerle en la cabeza una portería de fútbol ubicada en un camping al colgarse, tanto él como sus amigos, del travesero de la misma. Se considera que se hace una utilización incorrecta de la misma, no siendo responsable el camping de lo ocurrido. Se desestima la demanda, pues hubo reiterados avisos del vigilante del camping, pese a no encontrarse ancladas las porterías.

Hecho este pequeño repaso jurisprudencial y analizada la actuación de los titulares de las instalaciones deportivas en orden a su responsabilidad, vere-

(6) En la sentencia del TS no consta la edad.

(7) Tema que es tratado en profundidad por REGLERO CAMPOS, F., «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad, culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, AA.VV., coord. por REGLERO CAMPOS, F., edición de 2003, págs. 303 a 414, con cita de numerosas sentencias en las que la jurisprudencia no ha dudado en declarar la culpa de la víctima en ámbitos de riesgo cuando fue un menor, pág. 396.

mos ahora si contribuyó, o no, la víctima a la producción del accidente, para que una vez analizados ambos extremos, comprobemos si debe apreciarse la concurrencia de culpas o la concurrencia de causas.

En cuanto a la contribución de la víctima a la producción del daño propio, considera el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, «que también cabe imputar culpabilidad a la víctima, porque, sin que exista otro asidero fáctico que explique el porqué se tuvo que agarrar el mismo al larguero de la portería balanceándose violentamente sobre el mismo, como consta en el atestado de la Guardia Civil, ...no controvertido y, por ello, sin que pueda admitirse que esa actitud sea una suerte de lance inevitable en el juego, lo indiscutible es que, a sus results, se desprendió la portería y se produjo su caída y la muerte ulterior. Ello, la Sala que juzga lo aprecia como una dinámica concurrente de concausas en la producción del evento y el consiguiente efecto compensador de culpas y carga económica relativa a detraer de la suma fijada el 10 por 100 en que se reduce la indemnización acordada...».

El criterio que sigue la sentencia es apreciar la culpa de la víctima y como consecuencia, reducir la indemnización proporcionalmente. Este argumento nos lleva a reflexionar sobre si a las víctimas menores se les puede considerar sujetos imputables y si este criterio es determinante a la hora de establecer o reducir en su caso el *quantum* indemnizatorio.

¿Puede afirmarse que existe culpa concurrente de la víctima cuando ésta es menor de edad? La cuestión es difícil, no sólo porque depende de la edad del menor que va adquiriendo gradualmente la capacidad, y de su distinto grado de raciocinio y experiencia, sino porque no todos los ordenamientos hacen depender de la imputabilidad de la víctima (8) la apreciación de la culpa en orden a reducir la responsabilidad.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo aprecia concurrencia de culpas como elemento de minoración de la responsabilidad, reduciendo en un 10 por 100.

En el mismo sentido de reducir la indemnización, podemos ver la sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 21 de febrero de 2003, en la que considera que en el lesionado concurre el 75 por 100 de la culpa, por lo que debe ser indemnizado en la cuarta parte de lo solicitado.

Otras veces el Tribunal Supremo no había apreciado la concurrencia de culpas cuando este tipo de accidentes los había sufrido un menor, así en la sentencia, ya citada, de 1 de diciembre de 2003, en su fundamento cuarto afirma: «se desecha que el accidente se haya debido a culpa exclusiva de la víctima, negándose que la acción del fallecido pueda calificarse de brutal y no se advierten razones que pudieran aconsejar una rebaja en la indemnización fijada por el Tribunal de instancia haciendo uso de la facultad que le es propia y que por tanto no es revisable en casación» (9).

Igualmente, en la sentencia de 17 de enero de la Audiencia Provincial de Álava, al analizar la eventual concurrencia por parte del menor —los padres en su caso— de culpa en el resultado lesivo. Se establece que: «No cabe achacar al menor o en su caso a los encargados de su custodia —los padres

(8) MARTÍN CASALS, «A través del espejo: concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo 2, 2003, págs. 2471 a 2490.

(9) Resulta de gran interés la crítica realizada a esta sentencia por PIÑEIRO SALGUERO, *op. cit.*, págs. 6 y 7.

en este caso— responsabilidad alguna o intervención en el hecho de que dimana la reclamación. En efecto, el lugar en que ocurren los hechos es un centro público, propiedad del Ayuntamiento, ...y en el que existe una empresa encargada de su vigilancia y mantenimiento, aquéllos parten del correcto funcionamiento... La garantía que para los padres supone el que el hijo juegue o se divierta en un centro de esta naturaleza, les exime de la adopción de otras medidas, pues es al mismo al que corresponde adoptarlas. En cuanto al menor, la circunstancia de que se colgara del travesaño de la portería en nada modifica la responsabilidad única de los demandados, pues no siendo un comportamiento normal, lo cierto es que tampoco resulta extraño durante el desarrollo de un partido que el portero se apoye en un travesaño o se cuelgue del larguero, y además porque el accidente pudo igualmente sobrevenir si por lances del juego, el portero se hubiere golpeado con la portería, que como se ha dicho no estaba anclada ni lo había estado, y esa circunstancia, conocida por el encargado, no le fue hecha saber por quien estaba al cuidado de las instalaciones, tal vez por ignorancia o porque nunca se habían adoptado esos cuidados».

En el caso comentado, el menor tiene doce años, debemos preguntarnos si con esa edad se puede captar adecuadamente el peligro al que se exponía, podía pensar el menor, en algún momento, que balancearse en la portería le costaría la vida.

¿No deben velar todos por la seguridad de los menores, no es precisamente su falta de madurez la que les hace realizar actos irreflexivos? ¿O alguien cree que nuestros niños son conscientes de que pueden poner su vida en peligro cuando juegan al fútbol? ¿No sería más fácil hacer una normativa que estableciera el anclaje obligatorio o la instalación de un sistema de fijación que permitiera el desplazamiento de un lugar a otro, en caso necesario de las porterías, en las instalaciones deportivas públicas, que garantizase su inmovilización en caso de impacto contra la portería o de balanceo de la misma? ¿No sería una elemental medida de seguridad, teniendo en cuenta los menores que acuden a estas instalaciones públicas muchas veces juegan sin la supervisión de un mayor, y que se reúnen para realizar deportes de pelota que en principio no entrañan un peligro intrínseco? O al menos, ¿no deberían hacerse campañas de educación ciudadana que nos recuerden a padres e hijos el peligro que supone hacer piruetas en las porterías?

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

2. DERECHO MERCANTIL

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO (LEASING). CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO.—ARRENDAMIENTO FINANCIERO O VENTA A PLAZOS. TERCERÍA DE DOMINIO Y DE DERECHO. SIMULACIÓN EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2004.)

PONENTE: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—La recurrente en casación («Tesorería General de la Seguridad Social») solicitaba que el TS reconociera que la relación jurídica subyacente que vinculaba a «Renault Leasing de España, S. A.» con doña Araceli era un contrato de venta a plazos y no un contrato de arrendamiento financiero (leasing) como mantenía «Renault Leasing de España, S. A.». De esta forma, si el contrato subyacente fuera una venta a plazos, la recurrente podría ejecutar el embargo sobre los vehículos que constituyeron el contrato, para satisfacer así las deudas que doña Araceli tenía frente a esta entidad.

Doctrina.—El ínfimo importe del valor residual en el contrato de arrendamiento financiero no es una circunstancia por sí misma determinante para que el contrato no pueda ser calificado como arrendamiento financiero. Sólo cuando concurran circunstancias excepcionales, un importe muy reducido del valor residual podrá ser considerado como indicio de la inexistencia de un contrato de arrendamiento financiero.

La finalidad económica perseguida por el contrato de arrendamiento financiero y la venta a plazos es distinta en ambos contratos, puesto que mientras que en el primero la adquisición de la propiedad del bien objeto del contrato no es una circunstancia esencial para el usuario, en el segundo es el fin último que pretende el comprador con la celebración de tal contrato.

Sólo si se consigue probar la existencia de un negocio simulado (venta a plazos), de forma que el contrato de arrendamiento financiero fuera el negocio aparente, podría ser de aplicación el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965.

Hechos.—«Renault Leasing de España, S. A.» había celebrado con doña Araceli dos contratos de arrendamiento financiero («leasing») con fechas 14 de diciembre de 1990 y 6 de noviembre de 1992, que tenían por objeto el arrendamiento en leasing de dos vehículos (camión marca «Renault», modelo M, y turismo marca «Renault», modelo «Espace» 2.2., respectivamente), contratos en los que habían quedado fijados los precios de ambos vehículos: el precio del camión ascendía a 10.893.060 pesetas, precio que debía ser abonado en 60 mensualidades, a razón de 181.551 pesetas mensuales, así como un valor residual de 181.551 pesetas; por su parte, el precio del turismo ascendía a 3.364.224 pesetas, a abonar en 48 mensualidades de 70.088 pesetas cada una, fijándose como valor residual 70.088 pesetas.

Como quiera que por las vicisitudes que se produjeron en torno a doña Araceli, ésta no puede hacer frente a obligaciones económicas por ella contraídas frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, este organismo embargó ambos vehículos citados. Esta circunstancia motivó que «Renault Leasing de España, S. A.» interpusiera demanda sobre tercería de dominio (reivindicando el pleno dominio de ambos vehículos descritos) contra la Te-

sorería General de la Seguridad Social, con fecha 25 de noviembre de 1994, tercería que fue desestimada mediante resolución administrativa (14 de febrero de 1995). No obstante, «Renault Leasing de España, S. A.» presentó tercería de mejor derecho contra la Tesorería General de la Seguridad Social, que fue también desestimada por resolución administrativa de fecha 3 de febrero de 1995. Ante tales circunstancias, «Renault Leasing de España, S. A.» presentó finalmente demanda de tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Sevilla, quien desestimó la demanda, absolviendo a la Tesorería de la Seguridad Social y a doña Araceli.

Presentado recurso de apelación por «Renault Leasing de España, S. A.» ante la AP de Sevilla, ésta estimó la demanda de tercería interpuesta contra la Tesorería de la Seguridad Social y doña Araceli, ordenando levantar los embargos que pesaban sobre los citados vehículos.

Finalmente, por parte de la Tesorería de la Seguridad Social se presentó recurso de casación ante el TS contra la sentencia de la AP, que fue desestimado.

COMENTARIO

1. Es un hecho notorio la *importancia creciente* del contrato de leasing arrendamiento financiero, como lo demuestran, en el plano *nacional*, las muy numerosas resoluciones de los tribunales, así como el surgimiento y auge de una multitud de entidades de leasing y asociaciones de entidades de leasing.

Desde la perspectiva *internacional*, la importancia económica y jurídica del contrato de leasing no es tampoco desdeñable. En efecto, son muy frecuentes las ocasiones en las que los operadores económicos recurren a esta modalidad contractual como mecanismo de financiación para poder hacer frente a costosas operaciones comerciales que exigen el desembolso de elevadas sumas económicas; y es que el comercio actual, que traspasa las fronteras nacionales e incluso los mercados regionales (así, UE), presenta grandes dosis de globalización. Pues bien, las intervenciones de los operadores económicos en un mercado global exige con mucha frecuencia que los operadores económicos se involucren en operaciones comerciales que implican altísimos costes económicos que por sí mismos no están, en la gran generalidad de las ocasiones, en condiciones de asumir. Por ello, es muy frecuente que se vean obligados a recurrir a técnicas de financiación, entre las que se encuentra el leasing: cobran entonces pleno sentido las palabras de FRIGNANI al indicar que el leasing es «un medio muy útil para el autofinanciamiento de la empresa» (1).

No en vano, el auge internacional del leasing ha tomado carta de naturaleza con la promulgación del Convenio sobre leasing y factoring internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988) que pretende dar respuesta jurídica a cuantas cuestiones (por lo que respecta a aspectos de Derecho Privado del contrato de leasing) (2) se planteen en el marco del contrato de leasing internacional, esto

(1) Vid. FRIGNANI, A., *Factoring, leasing, franchising, concorrenza*, ed. G. Giappichelli, Turín, 1983, págs. 176/66.

(2) No todos los aspectos relacionados con el contrato de leasing internacional han sido regulados en el convenio, que sólo contiene normas referentes a cuestiones civiles y mercantiles. Así, quedan al margen de él las cuestiones de índole fiscal que derivan del contrato de leasing, no por carecer de relevancia, sino por considerar el legislador

es, aquél en el que se vean involucrados operadores (sociedades de arrendamiento financiero, usuarios y distribuidores) de más de un país (art. 3) (3). En todo caso, como es sabido, paradójicamente el citado convenio no ha sido ratificado por numerosos Estados presentes en la Convención de Canadá, entre los que se incluye España (4).

Sin embargo, pese al uso frecuente de este contrato, como decimos, se trata de una modalidad contractual que viene planteando *numerosas cuestiones litigiosas*, seguramente por el dato de que se trata de un contrato atípico, y la normativa que lo regula no es en absoluto completa (además de que se encuentra dispersa en diversos textos legales), además de regular el contrato desde diversas perspectivas (así, normas de carácter fiscal o de Derecho Privado). A ello se añade, desde luego, la similitud que este contrato presenta con otros (así, con el contrato arrendamiento, con el contrato de préstamo, y muy especialmente con la venta a plazos), circunstancia que conduce al intérprete en numerosas ocasiones a pretender subsumir el contrato de leasing en el marco de figuras o categorías jurídicas ya existentes respecto de las que aquél guarda similitudes, pero de las que se aleja en muchos aspectos también. En esta circunstancia parece que se encuentra el origen de muchos conflictos que llegan a nuestros tribunales, esto es, el afán de las partes del contrato de leasing por encuadrar el mismo en las figuras jurídicas ya existentes con las que guarda parecido, cuando en realidad el contrato de leasing es un contrato híbrido, al tomar elementos de varios contratos, con los que sin embargo no llega a confundirse.

Junto a la anterior problemática descrita, tampoco debe olvidarse otra circunstancia que es fuente generadora de conflictos; es sabido que el contrato de leasing lleva aparejadas importantes ventajas fiscales para el usuario, que se concretan en que las cuotas devengadas por el usuario son deducibles. Es por ello, por el tratamiento fiscal favorable, por lo que en muchas ocasiones se pretende dar al contrato celebrado una apariencia jurídica (leasing) que dista del contrato realmente celebrado, con el claro objetivo de que el usuario pueda beneficiarse de las ventajas fiscales señaladas. Se trata de denominar al contrato como «leasing», si bien en realidad se ha celebrado un contrato, por ejemplo, de venta a plazos; esta circunstancia, calificar al contrato como «leasing» aunque el contrato celebrado realmente sea otro (simulación), constituye un fraude de ley, en la medida en que se pretende eludir la aplicación de unas determinadas normas jurídicas (normativa sobre la venta a plazos) y

internacional que era imposible alcanzar un régimen fiscal uniforme en el marco del arrendamiento financiero internacional. Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Consideraciones en torno al leasing internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre leasing internacional» (Ottawa, 28 de mayo de 1988), en *RDM*, en prensa, en particular III.1. «Ámbito material del convenio».

(3) De acuerdo con los criterios de internacionalidad que expone el artículo 3 del convenio, los tipos de leasing internacional que quedan incluidos en el ámbito objetivo del convenio son los siguientes: leasing internacional estricto (*foreign to foreign leasing*), en los que el fabricante o proveedor, la sociedad de leasing y la empresa usuaria residen en distintos Estados, en primer lugar, y, en segundo lugar, el leasing a la exportación (*export leasing*), en los que el fabricante o proveedor y la sociedad de leasing residen en el mismo Estado.

(4) DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Consideraciones en torno al leasing internacional...», *op. cit.*, en particular II.2.2. «La elaboración del convenio: antecedentes y fases».

aplicar consiguientemente otras más favorables (ventajas fiscales derivadas del contrato de leasing).

La sentencia del TS que comentamos seguidamente pone de relieve con nitidez la problemática señalada, si bien presenta algunas peculiaridades relativas a la calificación del contrato celebrado; tales peculiaridades, como veremos, se refieren a la negativa de la Tesorería General de la Seguridad Social a calificar como leasing los contratos celebrados, al estimar que existió realmente un contrato de venta a plazos.

2. Es necesario poner de manifiesto las similitudes y diferencias, apuntadas por la doctrina (5), que presentan los dos contratos controvertidos en la sentencia que comentamos en estas líneas (venta de bienes muebles a plazos y leasing).

La primera *similitud* entre ambos reside en el dato de que mediante los dos contratos una de las partes («usuario» en el «leasing», y «comprador» en la venta a plazos) recibe el bien objeto del contrato y aplaza el pago del precio a diversos momentos posteriores a la entrega del bien (financiación). La segunda similitud estriba en la circunstancia de que ambos contratos posibilitan la adquisición de la propiedad del bien objeto del contrato. Y, finalmente, tanto en el contrato de leasing como en la venta a plazos existe la posibilidad de que la sociedad de leasing y el vendedor, respectivamente, mantengan la propiedad del bien hasta que el contrato llegue a su fin.

Ahora bien, existen también importantes *diferencias* entre ambos: así, en primer lugar, la adquisición de la propiedad no es un elemento esencial que integre el contrato de leasing, puesto que sólo existe la posibilidad de que el usuario, mediante el ejercicio de la cláusula de opción de compra al llegar el final del contrato de leasing, decida adquirirla; hasta que llegue el final del contrato, la sociedad de leasing mantendrá la propiedad del bien objeto del contrato. Por su parte, en la venta a plazos el objetivo esencial del comprador, y que le motiva a realizar este contrato, es precisamente la adquisición de la propiedad del bien objeto del contrato, finalidad económica connatural al contrato de venta a plazos. En segundo lugar, el contrato de leasing queda perfeccionado cuando se produce el consentimiento entre el usuario y la sociedad de leasing (carácter consensual), mientras que el contrato de venta de bien mueble a plazos se perfecciona, con carácter general, cuando el comprador satisface, en el momento de la entrega o de la puesta a disposición del bien objeto del contrato, el desembolso inicial (carácter real), si bien es posible admitir que el contrato tenga carácter consensual (así, para aquellos supuestos en los que no es posible entregar el bien objeto del contrato en el mismo momento de celebración del contrato) (6). En penúltimo lugar, en el contrato de leasing las cuotas satisfechas por el usuario no tienen la consideración de precio fraccionado, sino que engloban el precio de adqui-

(5) Vid., entre otros, JIMÉNEZ DE PARGA, R./DE GISPERT PASTOR., M. T., «La operación de leasing ¿es una operación de crédito?», en *RDBB*, 1988, pág. 495. Mantiene que los contratos de leasing y venta a plazos de bienes muebles son básicamente iguales BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, ed. Civitas, Madrid, 1996, t. II, vol. 1, págs. 379-416, especialmente pág. 410 y sigs.

(6) Vid. BLASCO GASCÓ, F. DE P., «Ámbito de aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles», págs. 71-109, en *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*, dir. U. NIETO CAROL, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 78-80.

sición del bien y la depreciación de éste. Y, finalmente, mientras que en el contrato de leasing la sociedad de leasing mantiene siempre la propiedad del bien objeto del contrato, al menos hasta que éste llega a su fin, en el contrato de venta a plazos el vendedor sólo retendrá la propiedad del bien objeto del contrato si expresamente se ha pactado en el contrato mediante la inclusión de la oportuna cláusula de «reserva de dominio» (art. 7.º 10 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles) (7).

A la vista de tales diferencias, y como indica el propio TS en la sentencia que comentamos, es evidente que no parece razonable equiparar los contratos de leasing y venta a plazos. Cosa distinta es que, como sigue indicando el TS, se pruebe que las partes celebraron en realidad un contrato de venta a plazos, simulando la celebración de un contrato de leasing (8), lo que, como veremos seguidamente (*infra* 3), no llegó a probarse.

3. Presta especial atención el TS a *las circunstancias* que pudieran hacer considerar que el contrato celebrado entre «Renault Leasing de España, S. A.» y doña Araceli era en realidad un contrato de venta a plazos. En este sentido, el TS analizó con algún detenimiento el hecho de que la *ínfima cuantía del valor residual* pudiera ser una circunstancia que permitiera considerar que nos encontramos realmente ante un contrato de venta a plazos (9). Y es que, en efecto, es ya una opinión consolidada en los pronunciamientos del TS (10) y mantenida también por la doctrina de forma generalizada (11), que el importe del denominado «valor residual» no es una circunstancia determinante en la exclusión del contrato en particular de la calificación como contrato de leasing, ni siquiera incluso cuando sea de un *valor ínfimo*, habida cuenta de que se considera que al término del contrato de leasing el bien habrá sido amortizado financieramente (12). Tal circunstancia justifica el reducido importe del «valor residual» en el contrato de leasing.

Tampoco el dato de que *coincida el importe del valor residual con el importe de las cuotas* satisfechas por el usuario es una circunstancia que por sí misma deba hacernos suponer que el contrato subyacente no es un contrato de leasing, sino una venta a plazos. El planteamiento contrario —importe mínimo del valor residual de la cláusula de opción de compra no coincidente con el valor de las cuotas—, asumido sin embargo en algunas ocasiones por los tribunales, creemos que no debe admitirse, principalmente porque si la Ley no contiene regulación en torno al importe al que debe ascender el valor residual de la opción de compra —fijando un importe mínimo superior al importe de las cuotas—, no existe razón que justifique el establecimiento de un importe mínimo por parte de los Tribunales o la doctrina. Además, tampoco debemos olvidar

(7) Sobre el carácter no esencial de la cláusula de reserva de dominio, vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes*, págs. 137-201, en especial pág. 143, en «La Ley de venta a plazos de bienes muebles», *op. cit.*

(8) Fto. núm. 2.

(9) Fto. núm. 2.

(10) Así, vid. entre otras, la reciente sentencia del TS de 21 de abril de 2004 (asunto «Aroleasing Sociedad de Arrendamiento Financiero, S. A.», RJ 2004/1676, fto. núm. 1), que sigue la línea argumental establecida en la sentencia de 12 de marzo de 2003 (asunto «Lico Leasing», RJ 2003/2574).

(11) Vid., entre otros, BUITRAGO RUBIRA, J. R., *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 115 y sigs.

(12) Fto. núm. 2.

que el principio de libertad contractual implica, en relación a la fijación del importe del valor residual en el contrato de leasing, que las partes son libres para fijar el importe de aquél, siempre, claro está, que se respeten los límites que con carácter general rigen la libertad de pacto entre las partes en un contrato (art. 1.255 del Código Civil); con fundamento en el principio de libertad de pacto, sociedad de leasing y usuario pueden fijar el importe del valor residual que consideren oportuno y que satisfaga sus intereses.

Ahora bien, que no exista con carácter general un importe mínimo del valor residual no implica que en circunstancias muy concretas pueda aceptarse una opinión contraria, como sucede cuando el usuario realiza alguna conducta en el inicio del contrato de leasing que implique que la cláusula de opción de compra —esencial en todo contrato de leasing—, quede *ab initio* sin efecto. Así, por ejemplo, cuando el usuario, en el momento de celebración del supuesto contrato de arrendamiento financiero, ha firmado letras de cambio por el importe total del bien objeto del contrato, de forma que el precio queda totalmente satisfecho desde el inicio del contrato, haciendo innecesario el ejercicio del derecho de opción de compra al finalizar el contrato, puesto que el precio del bien ya habría sido satisfecho (13).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, el valor residual ascendía a 70.088 pesetas, en el caso del turismo, y a 181.551 pesetas, en el caso del camión, importes ínfimos —en relación al importe total de los vehículos objeto de los contratos, que ascendía a 3.364.224 pesetas, en el caso del turismo, y a 10.893.060 pesetas, en el caso del camión—, y que, además, coincidían exactamente con el importe de las cuotas que el usuario debía satisfacer de forma periódica a «Renault Leasing de España, S. A.», como se desprendía de los contratos de leasing.

El TS, a la vista de tales circunstancias, manifestó de forma determinante que con los datos fácticos que obraban en su poder, no era posible estimar que los contratos celebrados entre «Renault Leasing de España, S. A.» (arrendador financiero y recurrente) y doña Araceli (usuaria), no eran realmente contratos de leasing, calificación jurídica que sólo podía modificarse si se hubiera probado la existencia de simulación contractual, lo que en el presente caso no llegó a acreditarse (14).

4. Como decimos, otro aspecto debatido en la sentencia del TS se refiere a la posible *simulación* contractual alegada por la sociedad de leasing, recurrente en casación ante el TS. Es evidente que es interés exclusivo de la sociedad de leasing («Renault Leasing de España, S. A.») que el contrato, en virtud del cual doña Araceli había adquirido la posesión de los vehículos, se tratase de un contrato de venta a plazos. De esta forma, si hubiera mediado tal contrato, en el momento en el que se produce el embargo de los vehículos por la Tesorería General de la Seguridad Social (15), doña Araceli sería propietaria de los vehículos embargados, al no haberse incluido en el contrato celebrado entre doña Araceli y «Renault Leasing de España, S. A.» una cláusula

(13) Vid. las sentencias de la AP de Orense, de 16 de octubre de 1996, ED 2530, fto. núm. 3; de la AP de Badajoz, de 7 de enero de 1997, AC 1997, 98, fto. núm. 2, y, finalmente, del TS de 16 de marzo de 1988, RJ 2004/3406, fto. núm. 1.

(14) Fto. núm. 2.

(15) La sentencia que comentamos no indica expresamente la fecha en que el embargo se llevó a cabo, si bien se produjo en una fecha en la que doña Araceli tenía la posesión de los vehículos embargados como consecuencia del contrato celebrado.

sula de reserva de dominio *ex* artículo 6.12 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos (16). Si, por el contrario, el contrato en virtud del cual doña Araceli hubiera recibido la posesión de los vehículos fuera un contrato de leasing, en el momento en el que se produce el embargo de los vehículos ésta sólo disfrutaría de la posesión de los mismos, pero no de la propiedad, lo que no hubiera podido ser efectivo, en su caso, hasta que no llegara el fin del contrato de leasing y doña Araceli decidiera ejercer la cláusula de opción de compra. Nos planteamos, en definitiva, como ya hiciera BERCOVITZ, una de las principales consecuencias que la consideración del leasing y de la venta de bienes muebles a plazos como dos contratos distintos pueden plantear, esto es, los muy diversos efectos que la diversa calificación jurídica de ambos contratos trae consigo (17).

Como bien consideró el TS, la recurrente (Tesorería General de la Seguridad Social) no demostró que se hubiera producido una simulación contractual, de forma que el contrato simulado fuera una venta a plazos, sino que ratificó la interpretación y calificación jurídica del contrato realizada por la AP, esto es, contrato de leasing (18). *De una parte*, como expresamente pone de relieve el TS, porque el ínfimo importe del valor residual en ambos contratos de leasing no es una circunstancia por sí misma determinante para apreciar simulación contractual.

Y, de otra parte, aunque el TS no se pronunciase expresamente sobre ello, porque el fin económico perseguido por doña Araceli con la celebración de los contratos de leasing (posesión de camión y turismo con el fin de explotación profesional) no era el mismo que el pretendido con la celebración de un supuesto contrato de venta a plazos de bienes muebles, cual es lograr la adquisición del bien objeto del contrato. Y es que, si, aunque las partes contratantes hubiesen denominado «leasing» al contrato celebrado entre ellas y el fin económico del contrato fuese el mismo que pretende el contrato de venta a plazos, aquél sería realmente un contrato de venta a plazos pese al «ropaje jurídico» que las partes hubiesen deseado darle al mismo. Así se deriva del artículo 3 *in fine* de la vigente Ley de venta a plazos, que, al estilo de una cláusula general, indica que «(...) También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica o la denominación que las partes le asignen, mediante las cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos».

Este planteamiento, reconocido por la vigente Ley de venta a plazos (art. 3, *in fine*), trae su causa en la derogada normativa de venta a plazos de 1965, que ya recogía tal posibilidad en el artículo 2 *in fine*. En efecto, el último párrafo del artículo 3 de la vigente Ley de venta a plazos es prácticamente idéntico al último párrafo del derogado artículo 2; tan sólo el legislador ha introducido la

(16) En la fecha en que «Renault Leasing de España, S. A.» y doña Araceli celebraron los contratos en virtud de los cuales ésta recibía el camión y turismo ya descritos anteriormente (14 de diciembre de 1990 y 6 de noviembre de 1992, respectivamente), estaba vigente la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos, ley que, como es sabido, ha sido sustituida por la Ley 28/1998, de 13 de julio, que regula la venta a plazo de bienes muebles, y que se refiere en el artículo 7.10 a la posible inclusión en el contrato de venta a plazos de una cláusula de reserva de dominio.

(17) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El pacto de reserva de dominio...», *op. cit.*, pág. 411.

(18) Fto. núm. 4.

matización «o la denominación que las partes les asignen», precisamente, según indica la doctrina más autorizada (19), con el objetivo de poner de relieve el carácter imperativo de la Ley de venta a plazos de bienes (20). Es decir, parece que el legislador ha pretendido, con la nueva redacción del artículo 3 *in fine*, que todos los contratos que persigan el mismo fin económico que la compraventa a plazos queden en el ámbito de aplicación de la Ley de venta a plazos, incluso cuando las partes hayan pactado expresamente la no aplicación de la misma.

No obstante, este pretendido objetivo del legislador parece que no puede decirse que haya sido logrado plenamente, puesto que la realidad del tráfico se ha encargado de poner de relieve que numerosos contratos que reúnen los requisitos exigidos para su aplicación por la Ley de venta a plazos de bienes muebles, quedan sin embargo al margen de ésta, lo que ha abierto nuevamente una enconada polémica, todavía no resuelta, sobre el carácter imperativo o dispositivo de la Ley (21).

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que comentamos, no parecen indicar que las partes contratantes pretendieran, con el contrato celebrado, lograr los mismos fines económicos que se logran mediante un contrato de venta a plazo —en el sentido de que aparentemente celebraran un contrato de leasing bajo el cual subyacía realmente una venta a plazos—, básicamente porque el TS dio por probado que «la causa del negocio celebrado era verdadera y existente, por lo que no ha habido infracción alguna de los artículos 1.275 y 1.276 del Código Civil» (22).

EVA M.^a DOMÍNGUEZ PÉREZ

(19) Así, vid. GARCIA SOLÉ, F., *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles* (Ley 28/1998, de 13 de julio), ed. Civitas, Madrid, 1999.

(20) Sin embargo, hay que concluir con RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D. («El contrato de venta a plazos de bienes muebles», en *Contratos mercantiles*, ed. Aranzadi, 1^a ed., Pamplona, 2001, pág. 127), que no se entiende muy bien a qué figura puede referirse el legislador, puesto que incluso la propia Ley excluye de su ámbito a los contratos de arrendamiento financiero.

(21) Partidario del carácter dispositivo de la Ley se ha mostrado RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 425, frente a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, pág. 34, quien apunta el carácter imperativo de la Ley.

(22) Fto. núm. 4.

3. URBANISMO

Por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE UN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA EL ACTO DE APROBACIÓN DE UN PLAN PARCIAL. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ABRIL DE 1997.)

RESOLUCIÓN de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Club Deportivo Racing Garvin contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 25 de Madrid, don Luis Parga López, a practicar una anotación preventiva de interposición de un recurso contencioso-administrativo.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

En la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se interpuso recurso contencioso *«contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Madrid del Plan Parcial de Ordenación...»*.

La entidad recurrente, *«estando ejecutándose las obras del Plan Parcial..., cuya aprobación es objeto de impugnación»* solicitó la suspensión de los efectos del acto y que se tomara anotación preventiva *«en relación con los terrenos a que se contrae el Plan Parcial»*. Ambas peticiones se denegaron, pero la Sala, estimando un recurso de súplica interpuesto por la entidad recurrente, ordena que se tome anotación preventiva sobre las fincas comprendidas dentro del ámbito del Plan Parcial.

Al describirse las fincas sobre las que había de tomarse la anotación, por causa de la larga duración del proceso, se describieron como fincas trabadas las aportadas al proyecto de compensación, siendo así que cuando se presentó directamente el mandamiento que había de dar lugar a ella, las fincas estaban inscritas ya según las descripciones resultantes del proyecto de compensación.

Presentado el mandamiento en el Registro, se denegó la anotación pedida por no describirse en él las fincas en la forma resultante del proyecto de compensación inscrito, por lo cual, al haberse solicitado la anotación sobre las fincas aportadas y estar éstas canceladas, no podría tomarse la anotación sobre las fincas resultantes, pues respecto de las aportadas sus *«historiales registrales han sido clausurados y sobre las cuales ya no se puede practicar operación alguna»*.

Al recurrir la entidad interesada se adujeron como motivos para conseguir la anotación que la impugnación era *«del planeamiento en su conjunto, esto es, en la totalidad del Plan Parcial y, consiguientemente, todas las actuaciones con el mismo relacionadas, incluidos, entre otros, el proyecto de compensación»*; y que ante las dificultades de que se tomara la anotación se había producido la disparidad de la inscripción de las fincas resultantes, por lo que debió extenderse la anotación a ellas.

El Registrador informó en el recurso, insistiendo en los motivos de la nota y su calificación como defecto insubsanable, aduciendo que habría sido posible tomar la anotación sobre las fincas resultantes del proyecto de compensación, pero no sobre las aportadas, al carecer de existencia y no haberse extendido a las primeras el mandamiento.

El Presidente de la Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había expedido el mandamiento, informó el recurso manifestando que «*lleva razón el Registrador de la Propiedad*» porque, según dice, una vez aprobado el proyecto de compensación, éste ha de tener su reflejo en el Registro de modo que las nuevas parcelas resultantes deben inscribirse en el Registro, cancelando así las descripciones y asientos de las fincas originarias..., en consecuencia no puede procederse a efectuar la anotación preventiva solicitada... a reserva de que se solicite nuevamente la anotación «*respecto de las fincas resultantes de la compensación*».

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó también la nota del Registrador, desestimando el recurso.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución estimó el recurso interpuesto revocando la nota del Registrador y la resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La Resolución, que cita otras anteriores de 24 y 25 de junio de 1991, dice:

«La concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota impugnada, la única cuestión que ha de debatirse en el ahora entablado es la de decidir si es posible o no anotar preventivamente la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de aprobación definitiva de un Plan Parcial de Ordenación sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese Plan Parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias correspondientes a dicha zona, cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación.

El Registrador deniega la anotación solicitada por el defecto insubsanable de inexistencia registral de las fincas sobre las cuales se ordena practicar el asiento al estar canceladas las hojas registrales respectivas conforme al artículo 114 en relación al 174.4 del mismo texto reglamentario. El defecto, tal como es planteado, no puede ser estimado. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por ministerio legis la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (arts. 122.1, 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, art. 167 de la Ley del Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística). Cuestión distinta es que en el caso debatido no se haya producido ese efecto subrogatorio respecto de las parcelas a que se contrae el mandamiento calificado (lo cual no puede ser decidido por este Centro Directivo en el marco del presente recurso gubernativo), pero en tal supuesto es evidente que la objeción no será ya la que ahora se alega».

III. COMENTARIOS

1. BALANCE DE LAS ANOTACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Aún cuando los comentarios a una Resolución de la Dirección, como es la que aquí se analiza, producida antes de la entrada en vigor del Real Decreto de 4 de julio de 1997, no es el momento oportuno para hacer un examen a fondo de la influencia y circunstancias en que se ha producido la instauración de las medidas registrales cautelares en los procedimientos administrativo y contencioso-administrativo, sin embargo, parece oportuno aprovechar esta circunstancia y dejar constancia de algunas ideas generales que sirvan de balance a su introducción.

Recogiendo el texto literal de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2004, ha sido reconocida por la jurisprudencia la importancia de la instauración de las anotaciones en el proceso contencioso, según la expresión siguiente:

«Admitidas en materia de urbanismo con carácter general las anotaciones preventivas en el proceso contencioso-administrativo por la Disposición Adicional décima de la Ley 8/90, de 25 de julio, esta regulación se trasladó después a los artículos 307 a 310 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992, completada con la más tarde dispuesta en el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, preceptos no afectados por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y fueron dejados en vigor por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Actualmente, esta regulación debe insertarse en la general que la Ley 29/98, de 23 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene de las medidas cautelares (arts. 129 a 136)».

A ello habría que añadirse la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de trascendencia también en materia de medidas cautelares.

Incluso en la jurisprudencia se anticipó su plena aplicación antes del Decreto de 1997, por ejemplo, en los autos de 15 de abril de 1994 y 25 de octubre del mismo año, bajo el principio de la aplicación de la totalidad del régimen registral a la anotación en el proceso contencioso al decir que aun cuando esta anotación *«no está prevista en la legislación hipotecaria, puesto que esa Disposición Adicional reforma la Ley Hipotecaria con el rango suficiente, y si bien ni entonces ni ahora se han llevado a cabo las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de tal Disposición Adicional dispuesta para en el plazo de seis meses en el número 6 de su apartado 4.º, la omisión de ello no puede erigirse en obstáculo para que lo dispuesto por la Ley quede sin efecto, pudiendo suplirse con la extensión analógica de lo dispuesto en dicho Reglamento para las anotaciones preventivas de demanda».*

En el mismo sentido, el Auto de 22 de noviembre de 1993 hizo aplicación del artículo 139 del Reglamento Hipotecario diciendo:

«...la anotación preventiva debe ir acompañada del ofrecimiento de indemnización de daños y perjuicios que puedan exigirse al demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez podrá exigir la caución que estime adecuada».

Quiere decirse, por consiguiente, que la innovación contenida en la Ley 8/90 se ha incorporado al ordenamiento jurídico con estabilidad y encuentra también apoyo en el régimen general de las medidas cautelares tanto de la Ley de la Jurisdicción como de la de Enjuiciamiento Civil.

A pesar de todo, en este momento cabe hacer un juicio crítico de su aplicación que podría concretarse en los siguientes extremos:

A) Admitidas en la ley las anotaciones de origen administrativo y las del proceso contencioso, aquéllas susceptibles de producir grandes efectos en la acción de la Administración, la tendencia actual es que sólo se ha producido su efectiva aplicación en el ámbito del proceso contencioso y no en la acción ordinaria de la Administración Urbanística, a pesar de que su utilización, en cambio, ha sido frecuente, por ejemplo, en la acción administrativa en materia de costas con abundantes Resoluciones de la Dirección General (1).

B) Se observa con claridad que no ha habido una técnica adecuada ni en sede jurisdiccional ni tampoco en la registral, especialmente en la doctrina de la Dirección General, a fin de conseguir los progresos obtenidos en su aplicación al proceso civil, algo que a través de un largo período de tiempo se ha producido. Nos referimos a la crítica aplicación de las anotaciones en función de su carácter declarativo o de condena y su eventual desenvolvimiento jurídico real.

De igual modo en sede registral se observa una deficiente manifestación y elaboración de su doctrina al faltar conceptos esenciales propios del ordenamiento administrativo. Por ejemplo, en la propia Resolución que aquí se comenta, se advierte la indiferenciación mantenida por la Dirección cuando alude a que el recurso contencioso recaía sobre el acto de aprobación del plan parcial y sin embargo admitió después que se extiende a la impugnación del acto de aprobación en su conjunto y por ello en todas sus actuaciones posteriores.

Es tanto más grave esta cuestión cuanto que lo importante de la anotación no debe ser la posibilidad de acceso al Registro sino los efectos jurídicos que se derivan de ello y, especialmente, los efectos de las sentencias que se dicten.

Lo mismo puede decirse en relación con la doctrina hipotecaria que podría ser contemplada desde las sentencias de la jurisdicción contenciosa, que al hacer también caso omiso de la naturaleza de las pretensiones que se mantengan, deja imprejuzgada y carente de interés su aplicación en los efectos que se derivan de las sentencias. Todo lo cual debe llevar a una más frecuente elaboración de los conceptos y consecuencias institucionales de las mismas, especialmente con vistas a la ejecución de las sentencias, que es el punto culminante desatendido hoy por completo (2).

(1) Conocemos únicamente una Resolución de la Dirección General de 1995 relativa a una anotación de carácter administrativo por falta de notificación previa al titular. Por nuestra parte tuvimos ocasión de publicar en la *Revista de Derecho Urbanístico* de 1991, núm. 122, pág. 65, el trabajo «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990».

(2) Como trabajos publicados sobre la materia pueden citarse los de ÁLVAREZ LINERA Y URÍA, CÉSAR, en el número 146 de la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, pág. 27, titulado «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística», y el trabajo del que es autor el firmante de este Comentario en la *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, núm. 77, pág. 71, bajo el título «Cautelas procesales para el recurso conten-

En este sentido, una evidente aportación del Tribunal Supremo, en un conjunto de sentencias de las que mayoritariamente ha sido ponente el Magistrado PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL, ha sido la de reconocer en la sentencia de 20 de abril de 2004, que la falta de la anotación contra un acuerdo de reparcelación impediría la ejecución *«pese a obtener una sentencia favorable, si durante la tramitación del proceso la finca es adquirida por un tercero hipotecario, es decir, por alguien cuyo título resultase inatacable en virtud de la fe pública registral»*, circunstancia que precisamente hemos estudiado en anteriores comentarios, en el mismo sentido que lo hace la sentencia transcrita.

C) Por fin en la doctrina de los tribunales ha predominado un criterio pragmático en la interpretación de las circunstancias para la aceptación de las anotaciones y sus efectos, por ejemplo, en relación con la caución exigible o su extensión indiscriminada sin atender al objeto del proceso y el carácter de las pretensiones, que es el punto central para programar su aplicación. En este sentido se observa, sin embargo, que el Decreto de 4 de julio de 1997 ha servido también de punto de referencia para su aplicación generalizada. En todo caso ha de resaltarse su aplicación y cita frecuentes lo que da idea ya de una jurisprudencia abundante como la que puede deducirse de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril, 13 de junio, 5 de julio y 9 de diciembre de 2002 y la del 20 de abril de 2004.

En todo caso han sido quizá más explícitos los Tribunales Superiores de Justicia en la elaboración de un criterio de aplicación aunque éste ha sido fluctuante en la práctica pasándose de la práctica concesión generalizada de las anotaciones en general a su aplicación restringida, a veces indiscriminada y en ocasiones acompañada de cauciones excesivas.

Otra sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2002, se ocupa especialmente de la doctrina aplicable a la exigencia de caución al decir, en aplicación de los artículos 139, 67 y 19 del Real Decreto de 4 de julio de 1997, y el 304 de la Ley del Suelo, y afirma que de ellos no se deduce que el *«establecimiento de la caución no es presupuesto necesario para la adopción de la medida cautelar, sino cuando de ella puedan derivarse perjuicios»*. Por el contrario, en la de 13 de junio de 2002 se dice que *«aceptada por la Sala a quo la necesidad de una garantía real inmobiliaria para asegurar la eventual efectividad de la sentencia, es clara la improcedencia de una garantía que no asegura la reposición in natura de las fincas adjudicadas por la reparcelación»*.

2. LA NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA ANOTACIÓN

La primera observación que habría de hacerse a la Resolución comentada es su imprecisión en orden a la naturaleza del acto impugnado y la consiguiente extensión de la anotación.

La larga duración del proceso sirvió de argumento a los recurrentes para destruir radicalmente cualquier enjuiciamiento objetivo de su pretensión. El acto impugnado, como se deduce del mandamiento, era el de aprobación del Plan Parcial. Sin embargo, cuando se reitera la pretensión y se interpone el recurso de suplica contra la denegación previa de la anotación se alude a

cioso-administrativo». Igualmente en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 2001, Tomo 665, pág. 963 y sigs., el de don MANUEL ESPEJO DE LERDO DE TEJADA, titulado «Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes».

la circunstancia de que se estaban ejecutando las obras del plan parcial, y, sucesivamente, se alude también a la inscripción del proyecto de compensación, que es otro de los motivos esenciales del recurso.

Constituye un principio esencial del proceso contencioso que el acto impugnado es el que define el objeto del mismo, referencia a un acto administrativo, emanado de un órgano de la Administración y producido expresa o tácitamente en una fecha determinada. La producción sucesiva de otros actos podrá dar lugar o no, según su grado de compatibilización, a la acumulación procesal, pero mientras ésta no se produzca, el recurso sólo puede recaer sobre el acto impugnado y no sobre otro.

No puede decirse, en consecuencia, que el recurso se extiende a todas las actuaciones posteriores derivadas de un plan de ordenación en ejecución porque ello significaría, especialmente en el orden hipotecario, que la anotación produjera un distinto efecto, ya se tratara de la impugnación del acto de aprobación de la reparcelación o solamente de la ordenación.

En consecuencia, la indebida utilización de los conceptos trasciende también a la concesión o no de la anotación. Si lo que se impugna es el plan parcial, ordinariamente la anotación será de publicidad, a efectos de que si se dicta una resolución favorable conste también en el Registro la anulación del plan. Si lo que se impugna es un acto reparcelatorio, si los bienes no están en poder de terceros generará un efecto directo, ordinariamente de condena, por la anulación del acto y en consecuencia a todos los efectos jurídico-reales generados por ella y derivados de su inscripción.

En el presente caso, ni el Tribunal precisó exactamente el contenido de la pretensión, cuanto más bien al plantearse la recurrente mezcló cuestiones posteriores distintas, ni la Dirección se cuidó de advertir las consecuencias que ello produciría tratándose de distintos actos.

Quiere decirse en consecuencia que el auto del Tribunal y la Resolución de la Dirección pusieron de manifiesto la ausencia de una técnica jurídica congruente con la naturaleza de la jurisdicción revisora y los efectos de la anotación.

Ello comportaría, a su vez, una distinta extensión de la anotación porque si se alude también al proyecto de compensación necesariamente tendría que buscarse la referencia entre lo pedido y las fincas a las que afectaba, mientras que si solamente era un efecto de publicidad, sí que podría extenderse a la totalidad de las fincas comprendidas dentro del ámbito.

Por tanto, en materia de la práctica de las anotaciones ha de buscarse una coherente integración entre el objeto del proceso, la petición planteada por el recurrente y la extensión de la anotación sobre las distintas fincas, ya que si lo que se cuestiona es una indebida adjudicación, no puede entenderse que por sí solo comprenda la totalidad de las fincas afectadas.

3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS Y LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPARCELACIÓN

Ésta ha sido la otra cuestión sometida a la decisión de la Dirección, la cual ha sido resuelta de una manera tan excesivamente simplista que si el carácter obligatorio de las Resoluciones se llega a aplicar de modo mecanicista a todos los Registradores, cualquiera que fuese la pretensión que se ejercite judicialmente y el carácter del acto, se verían obligados a extender

la anotación sobre todas las fincas resultantes cuando sólo se describen las aportadas.

Es significativo que el informe del Presidente de la Sala sentenciadora y la resolución del Presidente del Tribunal Superior son contrarios a la estimación del recurso y favorables a la nota del Registrador por no haber actuado con diligencia la recurrente para acomodar su petición a la descripción de las fincas resultantes. Y el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de abril de 2004, reconoce que *«la anotación preventiva fue denegada... a causa de no haber sido inscrito, a la sazón, el proyecto de compensación y no existir por tanto la parcela número... como finca registral»*, lo que *a sensu contrario* significa que no es posible la concesión describiendo las antiguas.

De nuevo aquí la naturaleza de la pretensión es determinante de que sea posible la extensión sobre las resultantes si no se describen. Es evidente que ésta no es una cuestión puramente formal sino que las nuevas fincas son el producto final de una operación compleja de integración de fincas de origen distinto, como puede apreciarse con la mera lectura de los preceptos correspondientes del Real Decreto de 4 de julio de 1977, posterior por supuesto a la fecha de la Resolución, pero connatural a la estructura múltiple de la subrogación real.

Buscando una interpretación posibilista sería admisible la sustitución en bloque de las antiguas por las nuevas fincas en las anotaciones de mera publicidad. Pero ni esto sería factible si los titulares de las fincas no han sido llamados al proceso y eso parece ocurrir en el recurso que motivó la anotación en el que se menciona simplemente al Ayuntamiento de Madrid como Administración demandada cuando se reconoce que se ha inscrito el proyecto de compensación entre los partícipes, lo que claramente impediría la anotación.

Más grave será en los recursos que contengan pretensiones de condena de entrega de bienes en cuyo caso resulta imposible la extensión total a todas las resultantes y por supuesto sería imposible la aplicación posterior a nuevos titulares especialmente a los terceros hipotecarios no demandados.

Por tanto no se entiende que la Dirección haya abierto de manera tan generosa la anotación cuando los propios informes de los órganos judiciales intervinientes se manifiestan en contra en un tema tan estrictamente hipotecario y menos aún sin matizar su aplicación según los casos.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1860/2004. 6-9-2004. Establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1911/2004. 17-9-2004. Aprueba el Plan Estadístico Nacional, 2005-2008.

— Real Decreto 2063/2004. 15-10-2004. Aprueba el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario.

— Orden 3050/2004. 15-9-2004. Información de las operaciones vinculadas que deben suministrar las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales.

— Orden 3212/2004. 30-9-04. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de las declaraciones correspondientes a los modelos 308, 309, 341, 370, 371, 430 y 480.

— Orden 3256/2004. 30-9-2004. Establece los términos en los que podrán expedirse certificados electrónicos a las entidades sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT.

— Orden 3433/2004. 19-10-2004. Aprueba el modelo 191 de declaración informativa anual de personas autorizadas en cuentas bancarias y aprueba las condiciones generales y el procedimiento para su presentación en soporte directamente legible por ordenador y por vía telemática por teleproceso.

— Orden 3492/2004. 25-10-2004. Modifica la Orden 2116/2003, de 22-7-2004, por la que se aprueba el modelo 190 para el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta, los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas

interiores de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet y se modifican las normas de presentación de determinados modelos de declaración anual.

— Resolución 16-9-2004. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Establece las normas de cumplimentación de los documentos de acompañamiento que amparan la circulación de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, el sistema para la transmisión electrónica de determinados documentos y declaraciones utilizados en la gestión de impuestos especiales y se aprueba el modelo 511.

— Resolución 21-9-2004. Establece la estructura y organización territorial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Corrección de errores. Orden 3050/2004. 15-9-2004. Sobre la información de las operaciones vinculadas que deben suministrar las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales.

— Corrección de errores. Resolución 21-9-2004. Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Establece la estructura y organización territorial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1865/2004. 6-9-2004. Regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

— Real Decreto 1936/2004. 27-9-2004. Modifica el Real Decreto 631/1993, de 3-5-2004, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

— Orden 2943/2004. 10-9-2004. En el ámbito de la formación continua, distribuye territorialmente para el ejercicio económico de 2004 fondos para la financiación de contratos programa para la formación de trabajadores y acciones complementarias y de acompañamiento a la formación gestionados por las CC.AA.

— Orden 3309/2004. 6-10-2004. Modifica la Orden de 13-4-1994, por la que se dictan normas de desarrollo del Real Decreto 631/1993, de 3-5-2004, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

— Resolución 6-10-2004. Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación de la relación de Fiestas Laborales para el año 2005.

— Corrección de errores. Real Decreto 1415/2004. 11-6-2004. Aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

— Corrección de errores. Resolución 16-7-2004. Determinación de funciones en materia de aplazamientos de pago de deudas, reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, compensación, desistimiento, convenios o acuerdos en procedimientos concursales y anuncios de subastas en boletines oficiales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— 1.^{er} Protocolo. Interpretación por el TJCE del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19-6-1980, hecho en Bruselas el 19-12-1988.

— 2.^o Protocolo. Atribuye al TJCE determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19-6-1980, hecho en Bruselas el 19-12-1988.

— Resolución 4-10-2004. Secretaría General Técnica. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Denuncia. Por España del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a privilegios e hipotecas marítimas, hecho en Bruselas el 10-4-1926.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 2127/2004. 29-10-2004. Regula los requisitos de seguridad de las embarcaciones de recreo, de las motos náuticas, de sus componentes y de las emisiones de escape y sonoras de sus motores.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 3452/2004. 14-10-2004. Establece la implantación progresiva del permiso de conducción en formato de tarjeta de plástico.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1944/2004. 27-9-2004. Modifican y amplían los medios patrimoniales traspasados a la Generalidad de Cataluña por el Real Decreto 966/1990, de 20-7-1990, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Corrección de errores. Real Decreto 1600/2004. 2-7-2004. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1937/2004. 27-9-2004. Aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003, de 7-7-2004, de protección jurídica del diseño industrial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de inconstitucionalidad número 3.147-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003, de 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-2004 del Código Penal.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 3.328-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-2004 del Código Penal.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 3.329-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-2004 del Código Penal.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 4.021-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-2004 del Código Penal.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 4.022-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23-11-2004 del Código Penal.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 4.023-2004. En relación con la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2004, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23-11-2004 del Código Penal.

— Conflicto positivo de competencia número 4.593-2004. Promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con la O. TAS/500/2004, de 13-2-2004, por la que se regula la financiación de las acciones de formación continua de las empresas, incluidos los permisos individuales de formación, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1-8-2004, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 497/2004. 28-9-2004. Crea el Consejo Asesor para la Modernización del Estado de las Autonomías.

— Decreto 515/2004. 26-10-2004. Modificación del Decreto 1/1989, de 10-1-1989, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Andaluz de la Mujer.

— Orden 27-9-2004. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos para el año 2005.

— Orden 15-10-2004. Modifica la de 29-7-1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía.

— Resolución 2-9-2004. Se nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ARAGÓN

— Orden 1-9-2004. Se nombran Registradores de la Propiedad, en Resolución de Concurso Ordinario de Vacantes.

ASTURIAS

— Decreto 78/2004. 8-10-2004. Aprueba el Reglamento de establecimientos hoteleros.

BALEARES

— Decreto 25/2004. 10-9-2004. Establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Trabajo y Formación.

— Decreto 83/2004. 23-9-2004. Modificación del Decreto 69/1997, de 21-5-97, de creación y régimen jurídico del Instituto Balear de la Naturaleza.

— Decreto 88/2004. 22-10-2004. Regulador del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears.

— Orden 5-10-2004. Regula la comisión mixta de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de la isla de Mallorca.

CANTABRIA

- Ley 2/2004. 27-9-2004. Plan de Ordenación Litoral.
- Decreto 89/2004. 23-9-2004. Modifica parcialmente las estructuras básicas de las Consejerías de Presidencia, Ordenación del Territorio y Urbanismo e Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico.

CANARIAS

- Decreto 196/2004. 24-8-2004. Nombran Registradores de la Propiedad.
- Orden 4-10-2004. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2005.

CASTILLA-LA MANCHA

- Decreto 246/2004. 31-08-2004. Nombran Registradoras de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- Decreto 248/2004. 14-09-2004. Aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4-6-1998, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.
- Decreto 251/2004. 21-9-2004. Fija el calendario laboral para el año 2005.
- Orden 31-8-2004. Aprueba el modelo 045 de autoliquidación de la Tasa Fiscal sobre el Juego en máquinas o aparatos automáticos y se dictan las normas para su gestión.

CASTILLA Y LEÓN

- Decreto 102/2004. 9-9-2004. Crea la Gerencia Regional de Justicia adscrita a la Consejería de Presidencia y Administración Territorial.

CATALUÑA

- Ley 6/2004. 16-7-2004. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña.
- Ley 7/2004. 16-7-2004. Medidas fiscales y administrativas.

EXTREMADURA

— Decreto 141/2004. 14-9-2004. Modifica la estructura orgánica y se adecuan los puestos de trabajo correspondientes de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura.

— Orden 1-9-2004. Nombran Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles para servir plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 15-9-2004. Adapta a la organización de la Comunidad Autónoma de Extremadura las previsiones de la O. TAS/2.435/2004, 20-7-2004, por la que se excepcionan determinados programas públicos de empleo (Sexpe-Otros Organismos y Sexpe-Corporaciones Locales) en relación con la utilización del contrato de inserción y se modifican las bases reguladoras que afectan al programa Sexpe-Otros Organismos.

— Orden 29-9-2004. Aprueba los modelos de declaración del Impuesto sobre el suelo sin edificar y edificaciones ruinosas.

GALICIA

— Decreto 247/2004. 21-10-2004. Modifica el Decreto 115/2004, de 3-6-2004, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda.

— Decreto 248/2004. 14-10-2004. Regulan los procedimientos de conciliación y arbitraje cooperativo.

— Orden 1-9-2004. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices notariales, declaración informativa a efectos tributarios» y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

— Corrección de errores. Decreto 199/2004. 29-7-2004. Regula las competencias autonómicas en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

LA RIOJA

— Ley 6/2004. 18-10-2004. De Cajas de Ahorro de La Rioja.

— Ley 7/2004. 18-10-2004. De Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de la Rioja.

— Orden 35/2004. 19-10-2004. Modifica la Orden de Bases 9/2002, de 15-2-2004, por la que se desarrolla el Real Decreto 613/2001, de 8-6-2001, para la mejora y modernización de las estructuras de la producción de las Explotaciones Agrarias.

MURCIA

— Decreto 93/2004. 24-9-2004. Establece Órganos Directivos de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

— Corrección de errores. Orden 28-6-2004. Hace pública la relación de las oficinas de registro de la Administración Regional de Murcia y se establecen los días y horarios.

NAVARRA

— Disposición Final 312/2004. 27-9-2004. Establece la estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.

— Orden Foral 245/2004. 29-7-2004. Desarrolla el régimen de facturación por medios electrónicos previsto en la Disposición Final 205/2004, de 17-5-2004, por el que se regulan las obligaciones de facturación.

LA RIOJA

— Orden 6/2004. 31-8-2004. Aprueban los modelos de documentos que deben incluirse en el Libro del Edificio.

PAÍS VASCO

— Orden 23-8-2004. Nombramiento de Registradores de la Propiedad en Resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 7/2004. 19-10-2004. Modificación de la Ley 4/1998, de 11-6-98, del Patrimonio Cultural Valenciano.

— Ley 8/2004. 20-10-2004. De la Vivienda de la Comunidad Valenciana.

— Decreto 157/2004. 3-9-2004. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para proveer registros vacantes en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

— Decreto 168/2004. 10-9-2004. Regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana.

— Orden 19-10-2004. Requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consellería de Territorio y Vivienda, las entidades autónomas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma.

II. Información de actividades

Aragón

Los días 9, 16 y 23 de noviembre en Zaragoza, y el 30 de noviembre en Huesca, se celebraron los DECIMOCUARTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS en el Colegio de Abogados de Zaragoza y en la Diputación General de Huesca.

Organizan:

El Justicia de Aragón.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Facultad de Derecho de Zaragoza.

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza.

Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón.

Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza.

Comisión de Coordinación:

Don FERNANDO GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.

Don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Don MANUEL ASENSIO PALLÁS, Abogado.

Don ADOLFO CALATAYUD SIERRA, Notario.

Don FRANCISCO CURIEL LORENTE, Registrador.

Don SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA, Abogado.

Doña CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR, Procuradora.

Don HONORIO ROMERO HERRERO, Notario.

Don RAFAEL SANTACRUZ BLANCO, Abogado del Estado.

Don JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil.

Don JOSÉ LUIS SORO DOMINGO, Abogado.

Don IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE, responsable del Departamento del Justicia de Aragón.

Don FRANCISCO J. POLO MARCHADOR, responsable del Departamento del Justicia de Aragón.

Primera sesión: «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial».

Ponente: Don JAVIER FORCADA MIRANDA, Magistrado.

Coponentes: Don JOAQUÍN GUERRERO PEYRONA, Abogado, y doña BELÉN MADRAZO MELÉNDEZ, Registradora de la Propiedad.

Segunda sesión: «Régimen de autorización y visado en la transición de las viviendas protegidas».

Ponente: Don JULIO CÉSAR TEJEDOR BIELSA, Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don JOAQUÍN ORIA ALMUDÍ, Registrador de la Propiedad y don JUAN PARDO DEFEZ, Notario.

Tercera sesión: «Extinción del Derecho expectante de viudedad».

Ponente: Don EMILIO LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Notario.

Coponentes: Doña ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Profesora titular de Derecho Civil, y doña MARÍA DEL CARMEN LERMA RODRIGO, Registradora de la Propiedad.

Cuarta sesión: «El ruido: La reciente respuesta normativa y jurisprudencial».

Ponente: Don LORENZO MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don JUAN JOSÉ ARBUÉS SALAZAR, Abogado, y don JESÚS OLITE CABANILLAS, Asesor del Justicia de Aragón.

Galicia

Los días 18, 19 y 20 de octubre de 2004 se celebró en Santiago de Compostela el SEGUNDO CONGRESO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

Ponencias:

Comisión Vivienda:

— «Gestión urbanística y Registro de la Propiedad. Herramientas registrales al servicio de la agilidad, seguridad, transparencia y adecuación a la legalidad de los expedientes de equidistribución».

Ponente: JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.

- «Registro de la Propiedad y política de viviendas protegidas: Herramientas registrales para la eficacia del sistema». Ponente: ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ REYES.
- «Situaciones de prehorizontalidad: Herramientas registrales para la protección de los adquirentes y la lucha contra el fraude». Ponente: RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.
- «Formas de acceso a la vivienda distintas de la compraventa: El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de políticas de promoción del arrendamiento». Ponente: JOSÉ ANTONIO MIQUEL SILVESTRE.

Comisión Firma Electrónica:

- «Publicidad registral y protección de datos». Ponente: JAVIER ÁNGULO RODRÍGUEZ.
- «Formalización de la exteriorización de las operaciones registrales». Ponente: ALFONSO CANDAU PÉREZ.
- «Procedimiento de acceso al Registro de los documentos electrónicos». Ponente: ANTONIO VILCHES TRASSIERRA.
- «Llevanza electrónica del Registro». Ponente: JAVIER VALLEJO AMOS.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN PRIMERA: «POLÍTICAS DE VIVIENDA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD»

*«Sobre gestión urbanística y Registro de la Propiedad.
Herramientas registrales al servicio de la agilidad, seguridad y
transparencia en el proceso de transformación del suelo»*

1. El Congreso parte de la necesidad de que todas las instituciones conectadas con el derecho fundamental al disfrute de una vivienda digna, y que tienen encomendada la defensa y promoción objetiva y natural de los derechos y deberes sociales de los ciudadanos, extraigan, desde la misma Constitución, todas las virtualidades necesarias para, de una parte, hacer efectivo el derecho citado y, de otra, facilitar la participación de toda la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad de los entes públicos.

En este sentido, el sistema registral español debe mantener y desarrollar su tradicional función de aplicación e interpretación dinámica de las normas, de acuerdo con la realidad social, de forma que ello contribuya a un sistema

equilibrado que permita conjugar el reconocimiento y protección de la propiedad, como derecho subjetivo fundamental, con la plena realización de su función social. Todo ello, apoyado en la garantía que resulta de la inamovilidad de los Registradores y de su responsabilidad personal.

2. El Congreso propone que se intensifique el desarrollo de aquellas herramientas registrales que permitan la consecución conjunta de los fines siguientes:

- a) El fortalecimiento de la protección del territorio y del medio ambiente.
- b) La movilización general del suelo, de acuerdo con el interés de la comunidad.
- c) La garantía de la sujeción a tal interés comunitario del patrimonio inmobiliario público, tanto el de las Corporaciones que participan en el desarrollo urbanístico como, en general, el de los patrimonios históricos correspondiente a los Entes Públicos.

3. Es evidente que el Sistema Registral debe configurarse como instrumento a través del cual se colabore en dar publicidad y garantizar la preservación y eficacia de un planeamiento urbanístico flexible y abierto, elaborado por las Administraciones competentes y legitimado democráticamente como único criterio rector del interés de la comunidad que permita, por un lado, promover la salvaguarda de los valores de todo orden del territorio y, por otro, favorecer y estimular cuantas iniciativas permitan poner el suelo en condiciones suficientes para su utilización urbana.

4. Resulta básico que el Sistema Registral, en cuanto único para todo el territorio nacional, y al mismo tiempo presente en el territorio de todas las Comunidades Autónomas y de la práctica totalidad de los municipios, sirva de herramienta a través de la cual:

- a) Se articule una armonización mínima entre las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas o, en su defecto, un gran pacto entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las instituciones representativas de las Corporaciones Locales que facilite una política de suelo coherente y global.
- b) Se refuerce la ética de medidas directas o inductoras de las iniciativas de las Comunidades Autónomas, establecidas por el Estado en el marco de su título competencial, garantizando su aplicación a través de normas reglamentarias de adaptación del sistema registral, como ya ocurrió con las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística 1093/1997, de 4 de julio.

En este sentido y de acuerdo con la estructura del territorio, el Congreso propone potenciar:

- a) La exigencia de que el fomento de un planeamiento abierto y su flexibilización garantice la articulación con los sistemas generales o redes básicas, imputando su realización a la iniciativa particular, como condición para su desarrollo, a fin de evitar actuaciones incoherentes o arbitrarias generadoras de mayores desequilibrios.
- b) La definición del marco del aprovechamiento patrimonializable por los particulares en tanto se trata de una creación de la propia sociedad, lo que exige el tratamiento homogéneo del problema, sin perjuicio de las peculiaridades de las Comunidades Autónomas.
- c) La previsión de que determinados tipos de suelo destinados a vivienda con algún género de protección formen parte de las nuevas categorías de sistemas generales para su cesión gratuita en la proporción que legalmente se fije o su monetarización en beneficio de la Comunidad Autónoma. Ello dará lugar a la creación de patrimonios destinados directamente a la construcción de viviendas protegidas en régimen de acceso a la propiedad o para su explotación en arrendamiento.
- d) El reconocimiento de la iniciativa de terceros para la redacción y ejecución del planeamiento en los sectores de suelo urbanizable, cuando sus propietarios no hayan presentado y obtenido la aprobación de su iniciativa en el tiempo que legalmente se fije, permitiendo el acceso al Registro del título de prefiguración de la urbanización admitido a trámite, siempre que se acredite su notificación al titular de los bienes, con expresión de la propuesta en orden a la magnitud del aprovechamiento, el número de viviendas, los plazos de ejecución y los demás extremos relevantes de la propuesta.

5. El Congreso entiende que el Sistema Registral es un instrumento adecuado para garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas se subordine al interés de la Comunidad. Para el desarrollo de esta idea sería conveniente:

- a) Dotar de plena eficacia registral a la vinculación legal de los patrimonios públicos de suelo a la construcción de viviendas protegidas. Para ello, en la inscripción que tenga lugar con ocasión del acceso al Registro de los expedientes de equidistribución, o de cualquier otro instrumento de gestión, debe hacerse constar dicha vinculación legal. Como consecuencia, sobre las fincas registrales resultantes sólo serán inscribibles aquellos actos y negocios jurídicos que se sujeten al destino previsto.

- b) Promover la utilización de aquellas instituciones jurídicas, fundamentalmente el derecho de superficie, que permitan que los suelos incorporados a patrimonios públicos permanezcan en tales patrimonios con carácter permanente.

6. El Congreso parte de la experiencia, ya acreditada a lo largo de los últimos decenios, de que el Sistema Registral permite, en relación con la actividad expropiatoria desarrollada con fines urbanísticos, conjugar la protección del propietario expropiado con la agilidad que exige la gestión urbanística. En este sentido, se propone:

- a) Promover y facilitar actuaciones expropiatorias en las que, previa conformidad del expropiado, se abone el justiprecio mediante la atribución de aprovechamiento urbanístico concretable en la misma unidad de ejecución o en otra distinta. Dicho aprovechamiento debe ser susceptible de existencia como objeto de derecho independiente del suelo sobre el que se haya de concretar mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- b) Promover y facilitar, asimismo, la inscripción de expropiaciones urbanísticas, de suerte que ésta pueda tener lugar una vez acreditado el pago de la valoración señalada por la Administración, dado que la permanencia de su personalidad jurídica y el régimen financiero garantizado asegura, en todo caso, que el expropiado perciba con certeza el importe del justiprecio que resulte y el de sus intereses, posibilidad que ya reconocen las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

No obstante, cuando la expropiación tenga lugar a favor de beneficiarios o cuando se trate, en términos generales, de reconocer a agentes urbanizadores el derecho de adquisición por precio de fincas incluidas en la unidad de ejecución, se propone el establecimiento, como garantía adicional a favor del expropiado, que para inscribir en los términos señalados anteriormente, se incluyan en la inscripción garantías adicionales prestadas por la Administración expropiante que cubran la eventual insolvencia del beneficiario o del agente urbanizador, frente a incrementos de justiprecios o devengo de intereses no calculados que pudiera provocar a largo plazo, por razón de crisis económicas del concesionario, una situación de fraude para los expropiados.

*«Sobre las formas de acceso a la vivienda distintas de la compraventa:
El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de políticas
de promoción del arrendamiento»*

1. El Congreso entiende que es fundamental la adecuación de la legislación arrendaticia urbana a la realidad económica y social. Para ello es necesario suavizar la extraordinaria protección dispensada por la legislación vigente a la posición jurídica del arrendatario, adecuada en momentos en que el parque de viviendas era insuficiente y la situación económica impedía una demanda de adquisición de vivienda en propiedad. Asimismo, es muy importante reforzar los incentivos que lleven a los propietarios de viviendas vacías y a los promotores, a ampliar la oferta de arrendamientos, de suerte que sea competitiva con la oferta de propiedad hacia la que, de modo preferente, se dirige actualmente la demanda.

2. Para la consecución de los objetivos señalados es necesario el desarrollo de herramientas registrales. En este sentido:

- a) La inscripción en el Registro de las titularidades que resultan de la celebración del contrato, tanto a favor del arrendador como del arrendatario, facilitan que tanto uno como otro dispongan de un activo patrimonial protegido, que puede ser objeto de transmisión o de soporte de un derecho de garantía. Para ello resulta imprescindible la adecuada definición del contenido inscribible de los derechos de arrendadores y arrendatarios y su estandarización.
- b) En caso de ejecución de hipotecas, derecho de opción de compra, retractos, o cualesquiera otras cargas que puedan afectar al mantenimiento del contrato, es necesario sujetar la titularidad arrendaticia inscrita al mismo régimen de subsistencia o extinción establecido por la legislación hipotecaria y procesal civil para los demás derechos reales inmobiliarios. De esta forma, se fomentará la diligencia del arrendatario en la comprobación de la situación registral de la titularidad del arrendador y con ello se evitarán posibles actuaciones fraudulentas que entorpezcan el tráfico inmobiliario.
- c) Es necesario facilitar la inscripción de contratos de arrendamiento de viviendas mediante la ampliación de las formas de documentación de tales contratos, de tal forma que se reconozca el acceso al Registro, no sólo de los arrendamientos formalizados en escritura pública, sino también de aquellos que consten en documento administrativo, en documentos tipo adaptados a formularios aprobados por la Administración y visados por ésta, o en documentos privados cuya autenticidad haya sido reconocida por las partes firmantes o cuyas firmas consten legitimadas.

d) La nueva técnica de publicidad-noticia pura que da a conocer el contenido del Registro, sin que ello suponga el nacimiento de efectos especiales de protección, es de conveniente utilización para fomentar la política de arrendamientos:

- Reforzando el conocimiento público de previsiones de planeamiento o de sus instrumentos de ejecución que prevean el destino a su explotación en alquiler de determinadas edificaciones, sean o no protegidas.
- Divulgando los compromisos asumidos por arrendadores y arrendatarios perceptores de ayudas públicas para la celebración de arrendamientos protegidos.
- Coordinando el contenido del Registro de la Propiedad con aquellos registros administrativos de arrendamientos que se puedan crear. En relación con tal objetivo se propone el desarrollo de comunicaciones estandarizadas y realizadas a través de procedimientos telemáticos entre el Registro de la Propiedad y las administraciones gestoras de los registros que se creen, en términos similares a la previsión del artículo 37 del Real Decreto 1093/1997, respecto a los registros administrativos de transferencias de aprovechamientos urbanísticos.

3. El Congreso entiende que es necesario el establecimiento de garantías registrales que aseguren el cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de quienes, como consecuencia de políticas de fomento arrendaticio, hayan percibido ayudas u obtenido beneficios fiscales. A tal fin, cabe considerar la posibilidad de desarrollar notas de afección de los derechos del arrendador y del arrendatario, en cuanto unos y otros figuren inscritos, al cumplimiento de tales compromisos. Tales notas pueden tener un efecto excluyente de la fe pública, de modo análogo a las notas de afección fiscal o, para el caso de que así lo prevea la legislación sustantiva, efectos de prohibición de disponer y cierre registral.

4. Asimismo, parece importante que se promueva la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellos contratos a través de los cuales los propietarios de viviendas cedan éstas a Agencias Públicas de Alquiler para su posterior arrendamiento, y ello como forma de garantizar la plena eficacia de tales contratos, y su protección frente a ulteriores actos dispositivos realizados por el propietario.

5. Se considera también muy importante el fomento de la obtención de información registral previa, recomendando su exigencia a aquellos particulares que soliciten ayudas públicas, como única forma de que la Administración concedente de tales ayudas pueda conocer, de forma suficiente, la existencia y vigencia de las titularidades que justifiquen la concesión de aquéllas.

6. Como ya se ha demostrado en ocasiones, es conveniente el fomento del derecho de superficie para la construcción de viviendas destinadas a arrendamiento, de forma que en la inscripción del derecho del superficiario se hagan constar las condiciones de ejercicio de su derecho, el régimen de garantías constituidas a favor del titular del dominio residual del suelo en caso de incumplimiento del destino, así como la posibilidad de inscripción de los contratos de arrendamiento de las distintas unidades urbanas construidas.

7. El Congreso considera también muy importante, una nueva regulación del arrendamiento con opción de compra en su modalidad unitaria de Leasing Inmobiliario, lo que superaría la actual superposición, en ocasiones confusa, de dos contratos distintos como el arrendamiento y la opción. El Leasing, en cuanto supone la adquisición de una titularidad definitiva a través de una financiación a largo plazo, supera el inconveniente psicológico a que puede dar lugar, en ocasiones, el derecho de superficie por razón de su temporalidad.

«Sobre situaciones de prehorizontalidad: Herramientas registrales para la protección de los adquirentes y la lucha contra el fraude fiscal»

1. El Congreso valora como fundamental para evitar situaciones de fraude, que los contratos de compraventa, compromiso, u opción de venta, o simplemente, contratos de intención por los que se transmitan o se prometa la transmisión de porciones concretas de edificios, aún no sometidos a régimen de propiedad horizontal, puedan ser objeto de publicidad registral mediante la anotación preventiva del documento público o privado en el que se formalicen cualquiera de los convenios citados.

2. Los contratos citados deberán reunir los requisitos mínimos para la identificación de las partes, su domicilio, la porción transmitida y el precio.

3. El reflejo en el Registro del contenido de los contratos a que se hace alusión en el número 1 anterior, deberá llevarse a cabo mediante anotación preventiva. El asiento de anotación deberá reflejar las circunstancias esenciales del contrato, que ingresará en el Registro a petición de ambas partes o de una sola de ellas, siempre que el Registrador notifique a la otra parte la solicitud unilateral y no exista oposición, o existiendo se decida judicialmente la práctica de la anotación.

4. El Congreso entiende asimismo, que la entrega de cantidades a cuenta como consecuencia de la celebración de los convenios traslativos a que se refiere el número uno anterior, deberán ser objeto de nota marginal, en cuya práctica se debería tener en cuenta las medidas propuestas en materia de anotaciones.

5. El Congreso considera que la práctica de la anotación preventiva o de la nota marginal no debe impedir:

- a) Que el propietario del inmueble en su conjunto lleve a cabo su enajenación, si bien debería preverse la subrogación del adquirente en los compromisos asumidos por el transmitente.
- b) La constitución de hipotecas por la sola voluntad del dueño del inmueble en su conjunto con la finalidad de financiar la construcción del mismo.
- c) La constitución por la sola voluntad del dueño del inmueble en su conjunto del régimen de propiedad horizontal.

6. Sin embargo, el Congreso entiende que la anotación preventiva no puede facultar a su titular para enajenar la porción adquirida a que se refiere el asiento provisional, hasta el momento de la inscripción definitiva del elemento urbano adquirido, practicada en virtud de título público una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.

7. En la instrumentación del sistema que se propone, el Congreso estima que es fundamental que se determinen los efectos registrales de las anotaciones y de las notas marginales practicadas en régimen de prehorizontalidad, especialmente en relación con los créditos destinados a financiar la edificación. En este sentido:

- a) Los créditos hipotecarios inscritos o los créditos anotados con anterioridad a la práctica de anotaciones y notas de prehorizontalidad deben tener carácter preferente, de tal forma que en caso de ejecución se cancelen todos los asientos posteriores, incluidos los de prehorizontalidad, de acuerdo con el sistema previsto en la Legislación Hipotecaria.
- b) En caso de créditos ordinarios anotados preventivamente con posterioridad a los asientos resultantes de prehorizontalidad, deben aplicarse las reglas generales resultantes del principio de prioridad y, por tanto, la ejecución no impedirá la subsistencia de las anotaciones y notas a que se refiere esta ponencia como derechos preferentes. El rematante deberá subrogarse, por tanto, en las obligaciones de entrega de la porción vendida una vez constituido el régimen de propiedad horizontal.
- c) Cuando se trate de créditos hipotecarios inscritos con posterioridad, por la sola voluntad del propietario del inmueble en su conjunto, aunque una posibilidad, quizá la más técnica desde el punto de vista registral sería la de mantener los asientos practicados con anterioridad, el Congreso entiende que ello no resulta conveniente, puesto que impediría la necesaria financiación de las edificaciones y por tanto supondría la paralización del tráfico inmobiliario.

Por ello, se inclina a proponer como medida, una alteración concreta de los principios de prioridad y tracto en aras de una protección equilibrada de los intereses en juego, de forma que en estos casos tenga carácter preferente la hipoteca, sin perjuicio de las acciones tanto civiles como penales que puedan ser ejercitadas por el comprador anotante, como consecuencia del incumplimiento del promotor.

8. Dadas las características del sistema propuesto, se cree fundamental el establecimiento de un régimen de notificaciones, incardinado, dentro del principio de la publicidad noticia-pura a que se ha hecho referencia en otros apartados de la ponencia. De acuerdo con este criterio se propone que el Registrador de la Propiedad notifique en todo caso al titular de los derechos objeto de anotación o nota marginal, la iniciación de procedimientos ejecutivos dirigidos contra el titular registral del inmueble, la adjudicación del inmueble en su conjunto como consecuencia de procesos de ejecución y los actos dispositivos realizados por el titular del inmueble en su conjunto.

9. Deberá regularse la cancelación automática de las anotaciones y notas como consecuencia de la constitución de régimen de propiedad horizontal y de la inscripción definitiva del piso o local en que se concrete la porción transmitida.

10. El Congreso recomienda que con la finalidad de construcción de viviendas se admita la inscripción registral del régimen de comunidad de bienes constituido con la finalidad de construir.

11. La comunidad de construcción debe constituirse con una duración determinada no superior al período razonable que tarde en levantarse el edificio y debe concluir por su extinción o por su conversión en comunidad en propiedad horizontal.

12. La comunidad de construcción debe gobernarse de acuerdo con los estatutos que específicamente se redacten y se incorporen al título constitutivo. El régimen de decisión de sus acuerdos debe someterse al régimen de mayoría simple o cualificada y de sus órganos de gobierno debe formar parte la Administración Pública en cuanto facilite ayudas para la construcción de viviendas protegidas en cualquiera de sus modalidades.

*«Sobre el Registro de la Propiedad y políticas de vivienda protegida:
Herramientas registrales para la eficacia del sistema»*

1. Los beneficios de todo orden (fiscales, expropiatorios, cesión de suelo público, subvenciones, etc.) que conlleva la promoción de viviendas de protección en todas sus modalidades, unido a la finalidad social y de política económica a que están destinadas dichas viviendas, justifica plenamente las restricciones a la facultad de disponer a que tradicionalmente se

las ha sometido y los efectos rigurosos que a su incumplimiento se atribuyen legalmente.

2. Desde el punto de vista registral, la diversidad de regímenes de protección oficial existentes, la variada regulación de sus efectos en cada Comunidad Autónoma, la regulación vigente sobre préstamos cualificados que afectan incluso a viviendas libres, pues se conceden atendiendo a la persona y no a la vivienda, y la coexistencia de normativas estatales con otras autonómicas, hacen que las propuestas normativas que se realicen deban ser necesariamente de carácter general, y ello con la finalidad de posibilitar el acceso al Registro de la Propiedad de los efectos civiles de trascendencia real de todos los tipos de régimen de protección, ya sea estatal o autonómico, y con independencia de la denominación de cada régimen y del alcance de sus efectos.

3. El Congreso propone la utilización de la técnica registral de la publicidad, noticia pura como medio de colaboración del Registro de la Propiedad en el suministro de información al público relativa a la sujeción de determinadas fincas registrales, al desarrollo sobre las mismas de actuaciones protegidas de construcción de viviendas de protección pública o privada, destinadas a propiedad o alquiler. Ello permitiría hacer constar en el folio registral el destino previsto por el plan o por sus instrumentos de ejecución sobre una finca determinada, reforzando la eficacia y publicidad de la previsión urbanística.

4. El Congreso considera esencial la constancia en el Registro de la Propiedad del contenido de la Calificación Definitiva, pues siendo ésta el documento administrativo que certifica que la edificación de que se trate ha cumplido cuantos requisitos son exigidos por la Ley para dotar a la misma de la calificación de protegida, dicha constancia registral proporcionará al Registrador la base legal para ejercer su función calificadora en relación con los negocios posteriores relativos a viviendas acogidas a algún tipo de protección.

5. El Congreso estima que resulta imperativo el desarrollo de un sistema de intercomunicación fluido entre el Registro de la Propiedad y las Administraciones Públicas que tienen atribuidas las competencias de policía en relación con cada uno de los regímenes de protección de viviendas, aprovechando al efecto las nuevas tecnologías, que permiten el intercambio seguro de información, y ello con las finalidades siguientes:

- a) El conocimiento por parte de dichas Administraciones del hecho de haberse producido la inscripción de transmisiones o de otros negocios jurídicos sobre viviendas protegidas, a fin de que aquéllas puedan actuar las consecuencias que para tales casos establezca la legislación aplicable, ya se trate del ejercicio de derechos de adquisición preferente, imposición de multas, extinción del régimen, etc.

- b) La comprobación, por parte de tales Administraciones, del cumplimiento de los requisitos de legalidad administrativa a los que el acto dispositivo de cuya inscripción se trata pueda estar sujeto. A tal efecto, cabría establecer un sistema análogo al previsto por los artículos 79 y 80 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

6. Fomentar la utilización del Registro como herramienta a través de la cual se refuerce la eficacia de las limitaciones de disponer que, con eficacia real, establezca la legislación reguladora del régimen de protección. La constancia de tales limitaciones en el Registro permitirá al Registrador calificar los negocios jurídicos cuya inscripción se pretenda, de conformidad con las previsiones ya inscritas, exigiendo el cumplimiento de los requisitos que por aquéllas se establezcan, ya se trate de autorizaciones, notificaciones previas, constitución de garantías o cualesquiera otros que se hayan previsto.

7. Se debe facilitar la inscripción de las expropiaciones de carácter sancionador siempre que estén expresamente establecidas por la legislación aplicable, en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad, tanto por el primer adquirente como por los sucesivos. Ejemplos típicos del incumplimiento deberían ser la alteración del destino de la vivienda a domicilio habitual, su explotación mediante usos no autorizados o falsedad del adquirente en cualquier hecho determinante de la adjudicación. En estos casos, el justiprecio podría fijarse en el precio máximo de venta aplicable al tipo de vivienda protegida de que se trate, en el momento que se decrete la expropiación sanción.

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN SEGUNDA: «PROCEDIMIENTO DE ACCESO
AL REGISTRO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS»

«Sobre el acceso telemático de documentos electrónicos al Registro»

1. El Congreso entiende que las actuales tecnologías permiten la creación de nuevas formas documentales susceptibles de acceso directo al Registro y de inscripción en el mismo. Asimismo, entiende que corresponde al poder público la definición de los requisitos y garantías que han de rodear tales formas documentales para que se mantenga, en todo caso, el nivel actual de seguridad jurídica.

2. El Congreso afirma que en los actuales momentos la organización de los Registros de la Propiedad y Mercantiles en España está en condiciones de garantizar con plenitud el tratamiento registral de las nuevas fórmulas documentales electrónicas.

3. Es fundamental la comprobación de vigencia del certificado de firma en el momento de firmar un documento electrónico; automáticamente mediante conexión con el directorio de certificados del prestador de servicios de certificación, para evitar que circulen en el tráfico documentos firmados con certificados revocados y que sin embargo, producen apariencia de validez, y para evitar la imposibilidad de comprobar la vigencia de los certificados de los documentos electrónicos de más de 15 años de antigüedad.

4. También es fundamental que se reconozca la diferencia entre firmar electrónicamente un documento (esto es, conformar la autoría o manifestación de conformidad con el contenido del mismo) y enviar con firma electrónica (asegurar la procedencia del envío de la documentación, como mera gestión de la misma y sin asumir autoría o conformidad con el documento).

5. Por último, también es básico que el sistema conecte directamente, sin intermediarios, al remitente telemático con el Registro de destino, y viceversa. Así se garantiza, de un lado, que el sellado de tiempo y la prioridad registral la determina el Registro receptor de la documentación, y no un servidor intermedio, y de otro lado, que el destinatario recibe efectivamente las notificaciones electrónicas que le sean remitidas por un Registro.

6. El Congreso destaca la importancia de que los formatos de archivo de los documentos electrónicos sean abiertos, de dominio público, para garantizar su compatibilidad y su archivo en los Registros y que permitan el tratamiento estructurado de la información, para facilitar la integración de los datos en las aplicaciones de gestión de los Registros. A estos efectos se propone como formato en la actualidad el XML, sin perjuicio de ser cambiado por el que pueda sustituirle en el futuro.

7. Debe reconocerse, como única fuente de tiempo, la distribuida por el Real Observatorio de la Armada en San Fernando (suministrador de la hora oficial en España) al Colegio de Registradores, que a su vez la distribuye a todos los Registros, con plena y absoluta eficacia jurídica, correspondiendo al Registro receptor de la documentación en exclusiva determinar el momento exacto de acceso del documento y fijar, por tanto, la prioridad en su despacho.

«Sobre la entrada de documentos»

1. Es determinante la regulación de la entrada de documentos fuera de las horas de apertura del Libro Diario, estableciendo la presentación en el momento inmediato siguiente de apertura del Diario, por el orden de recepción marcado en el libro de entrada y con constancia en el asiento de presentación de la fecha y hora (con expresión incluso de milisegundos) en que tuvo lugar la entrada al Registro.

2. También lo es la supresión de la presentación por fax, por motivos de seguridad, sustituyéndolo por los medios telemáticos basados en firma electrónica, más seguros.

3. Para ello será necesario admitir el uso del terminal de autoentrada instalado en los Registros para que los propios usuarios puedan llevar a cabo la presentación de títulos físicos en el Registro.

4. La solución futura conduce al sistema a la llevanza exclusivamente electrónica de los libros diario y de presentación, con firma electrónica reconocida, siendo innecesaria la impresión y firma manuscrita del mismo.

5. También nos encaminamos directamente al uso de firmas electrónicas para procesos automatizados de la Oficina Registral (la firma de procedimientos registrales) instalada en los servidores del Registro.

6. En materia de prioridad, ésta debe resultar del acceso de los documentos al Registro, que debe entenderse realizado cuando el último bit de información identificativa del documento accede al libro de entrada.

«Sobre la llevanza electrónica del Registro»

1. El Congreso entiende que las exigencias derivadas de la implantación, por mandato legislativo, de las nuevas tecnologías de firma electrónica en el ámbito de los Registros de la Propiedad, así como el proceso de implantación en los Registros de nuevas aplicaciones de gestión y la digitalización de los archivos abren las puertas del establecimiento del Registro de la Propiedad Electrónico.

2. Resulta indispensable la conexión de los tres grandes proyectos informáticos iniciados por separado: escaneo, firma electrónica y aplicación de gestión que, junto a los ya conectados a ésta, es decir, Geobase, Floti y Programa de Liquidadora, forman el núcleo del proyecto informático de los registradores.

3. La llevanza electrónica del registro, como instrumento para la mejora en la prestación del servicio, exige que las aplicaciones de gestión sean capaces de conseguir los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la recepción, despacho y remisión de documentación electrónica.
- b) Facilitar y simplificar las tareas registrales.
- c) Permitir un mayor control de esas tareas por el Registrador.

4. La utilización de procedimientos de Firma Electrónica ha de concretarse en una doble situación:

- a) La utilización de Firma Electrónica reconocida del Registrador en aquellos casos en que actúe generando un documento público registral (asientos, cierres del Diario, expedición de certificaciones).

- b) La utilización de firma de procedimientos registrales en los demás casos.

5. El sellado de tiempo tomado de una fuente única para todos los registros deberá hacerse cualquiera que sea el soporte documental utilizado, en la forma y con las características que ya se han hecho constar.

6. Todos los documentos registrales, sin perjuicio de su traslación al formato papel de los libros registrales, deberán generarse en formato electrónico, con sellado de tiempo, código de barras que identifique al Registrador firmante y Firma Electrónica reconocida del mismo.

7. Los documentos así generados deberán archivar-se tanto en la base de datos de la aplicación de gestión, como en una base independiente de datos de archivos firmados (archiving).

8. Estos archivos estarán almacenados en ordenadores bajo la custodia del Registrador, y serán accesibles a través de aplicaciones informáticas que permitan una visualización inmediata del documento, nombre del firmante y sello de tiempo. Tales ordenadores estarán colocados en un lugar cerrado y seguro del registro, alejado de campos magnéticos y de alta tensión y con acceso controlado y restringido. Además se realizarán copias de seguridad de tales datos por los procedimientos que se determinen.

«Sobre la formalización de la exteriorización de las operaciones registrales»

1. El Congreso entiende que la regulación legal debe reflejar la necesidad de que la nota de calificación desestimatoria quede unida al documento que le sirve de base.

2. Por el contrario, la exteriorización de la calificación estimatoria debe revestir la forma de certificación, incluyendo el estado en que queda inscrito el derecho de que se trate y el contenido del Registro, una vez producida la alteración de su contenido. Por ello, el Congreso propone que la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro sea un documento independiente del título presentado, con forma y contenidos homogéneos respecto de las calificaciones desestimatorias, y que puedan ser emitidas en soporte papel o electrónico, con los necesarios requisitos de seguridad que imposibiliten su manipulación o alteración. Todo ello sin perjuicio de hacer constar en el documento inscrito una somera reseña de los datos de inscripción.

3. En caso de calificaciones parcialmente estimatorias, se propone conjugar los dos procedimientos anteriores, añadiendo al documento presentado la nota de calificación desestimatoria y una somera reseña de lo inscrito, y expidiendo por separado el documento independiente que refleje, con valor de certificación, la resolución estimatoria de alteración del contenido del Registro.

4. Debe regularse la publicidad de los índices y ficheros informatizados mediante la nota simple de valor simplemente informativo, la cual garantizará su correspondencia con los datos existentes en los archivos informáticos, pero no con los asientos existentes en los Libros del Registro, reservando para este último propósito la certificación registral. Debe igualmente regularse la certificación registral electrónica.

5. La solicitud y expedición de información registral a través de Internet, ya se trate de notas simples de los archivos informáticos, ya de certificaciones electrónicas de los asientos de los Libros del Registro, debe centralizarse en el portal único del Colegio de Registradores mediante el uso de los ficheros localizadores, homogeneizando los sistemas a través de los que se verifica.

6. La ponencia sostiene que la información registral a expedir con motivo de la preparación de documentos inscribibles, debe estar al alcance de los distintos operadores jurídicos, así como del titular registral, y que debe revestir la forma de certificación, estableciéndose un marco adecuado para su tramitación electrónica.

7. El sistema deberá dar sellado de tiempo seguro, en la forma y con las características que va se han hecho constar.

«Sobre la publicidad registral y la protección de datos»

1. El Congreso entiende que debería regularse legalmente el carácter público de los Registros, pero permitiendo que, mediante la calificación, el Registrador aprecie si existe o no un legítimo interés en el solicitante, de manera que quien desee obtener información de los asientos o de los datos incorporados a los ficheros informáticos de los Registros, deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello.

2. Asimismo el Congreso sostiene la necesidad de regular los derechos del titular de los datos de carácter personal que consten en los ficheros registrales, conjugando las normas hipotecarias con las establecidas en materia de protección de datos.

3. Es fundamental la necesidad de establecer legalmente que el titular registral pueda conocer pormenorizadamente las solicitudes de información que se hayan cursado en relación con los derechos inscritos a su favor, así como a pedir que se le notifiquen las que se realicen en adelante. Igualmente, debería arbitrase la posibilidad de que el Registrador notifique a los titulares registrales determinadas solicitudes de información, cuando lo juzguen conveniente para los intereses de aquéllos.

4. El Congreso afirma que la información registral debe quedar restringida por razones de seguridad de las personas y los bienes, mediante el procedimiento que legalmente se establezca.

5. Por otra parte, el Congreso sostiene que la información registral no debe ser literal, salvo en caso de mandato judicial o de consentimiento del titular, por lo que habrá de eliminarse de la misma a través de la calificación del Registrador, el contenido que por razones de protección de datos, o por su falta de trascendencia real, no deba comprenderse en la información a facilitar. Por tales razones y, además, por elementales motivos de seguridad, no debe admitirse el uso de la fotocopia, ni de medios similares ni la exhibición de los libros.

6. Por último, el Congreso afirma que deben regularse las medidas de seguridad físicas y lógicas a aplicar a los ficheros de datos de los Registros y del propio Colegio, así como el Sello de Transparencia Registral.

Madrid

El día 8 de noviembre, en las JORNADAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO que se celebraron en el Colegio de Registradores de la Propiedad, don ROBERT ALEXY, Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel, pronunció la conferencia *Constitutional Rights to Positive State Action*, que reproducimos:

Constitutional Rights to Positive State Action (*)

ROBERT ALEXY

I. THE EXPANSION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

The history of constitutional rights in Germany in the second half of the twentieth century is a history of expansion. This expansion is characterized by three, closely related aspects. First, constitutional rights have gained influence that goes far beyond the relation between the citizen and the state. They have acquired a 'radiating effect' (1) over the entire legal system. The result is the ubiquity of constitutional rights. Second, constitutional rights have been intrinsically tied to the principle of proportionality. The applicability of this principle presupposes that constitutional rights have the structure of principles or optimization requirements (2). Owing to this structure, ubiquity is combined with optimization. Third, the subject-matter of constitutio-

(*) I should like to thank STANLEY L. PAULSON for help and advice on matters of English style.

(1) BVerfGE 7,198 (207).

(2) ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford 2002), 66-9.

nal rights has been considerably expanded over and above that of the classical liberal rights. The subject-matter of the classical liberal rights consists only of negative state action or omission. To this, rights to positive action on the part of the state have been added. In this way, the traditional defence rights (*Abwehrrechte*) have been supplemented by entitlements (*Leistungsrechte*). It is this triad of ubiquity, optimization, and entitlement that defines what constitutional rights in Germany are today. The development in many other countries is similar. One view of 'The Charter of Fundamental Rights of the Union' teaches that the expansion has been set down in writing as an European project, at least in so far as rights to positive state action are concerned.

The expansion of constitutional rights has always been accompanied by objections, and criticism today is stronger than ever before. The common point of all objections is the reproach of overconstitutionalization. Ernst-Wolfgang Böckenförde has presented this reproach in an especially powerful form. According to Böckenförde the expansion of constitutional rights alters the character of the constitution in a fundamental and dramatic way. The constitution is no longer merely a framework (*Rahmenordnung*) for the democratic process of will-formation. It becomes the foundation (*Grundordnung*) of the community (3). A constitution *qua* foundation of the community already contains the whole legal system (4), at least 'in nuce' (5). The task of the democratic political process is reduced to merely implementing what has already been decided by the constitution. The carrying out of this task is monitored by the constitutional court, which acquires, by this means, all real power. A 'shift from the parliamentary legislative state to a constitutional adjudicative state' would be irresistible (6). The only way to avoid this is to return to the 'conception of constitutional rights as subjective rights to freedom that are defensively directed against the state' (7).

Is this objection sound? It would be, if the expansion of constitutional rights defined by ubiquity, optimization, and entitlement did indeed imply that each and every legal norm and decision is already contained in the constitution, with the result that parliamentary legislation would lose its autonomy altogether, and, thereby, all real competence, too. This would be incompatible with democracy.

The question of whether or not the expansion of constitutional rights reduces the competence of the parliament to an unacceptable degree, is therefore a touchstone that makes it possible to decide whether or not the history

(3) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, 'Grundrechte als Grundsatznormen' in id., *Staat, Verfassung, Demokratie* (Frankfurt a. M., 1991), 198.

(4) *Ibid.* 189.

(5) *Ibid.* 198.

(6) *Ibid.* 190.

(7) *Ibid.* 198. See also 194.

of the expansion of constitutional rights amounts to the history of an error. The rights to positive state action have been a central and indispensable element of this development. Our view will be focused on them.

II. THE CONCEPT OF A RIGHT TO POSITIVE STATE ACTION

The concept of a right to positive state action comprises a diversity of rights which lend themselves to rather different classifications. One possibility is to divide them into three groups: [1] protective rights, [2] rights to organization and procedure, and [3] entitlements concerning social rights (8). The structure and content of these rights is rather different, but there is a common denominator that justifies grouping them together. They all demand positive action. In order not to violate them it is not enough that the state forbear from interfering in the spheres they protect, especially in life, freedom, and property. The state must *do* something.

Böckenförde's problems with rights to positive action stem from the structural difference between positive action and omission, and he is, indeed, correct in maintaining that rights to positive action are more complex than rights that only demand an omission. The question, therefore, can only be this: Does this complexity necessarily involve the consequences Böckenförde attributes to it? This question concerns all three kinds of rights to positive state action. I will concentrate on the protective rights.

The problems of protective rights can again be divided into three groups: into those that regard [1] their substantiation, [2] their content, and [3] their structure. The problem of substantiation concerns the question of whether protective rights should be included in the list of constitutional rights at all, either by those who make or amend the constitution or by those who interpret it. The problem of content relates to the classical tension between security and freedom on the one hand and to the financial expenditure connected with protective rights, as with other rights to positive action of the state, especially with social rights. The cost of protection is measured in freedom, or money, or both. The solution of the problem of substantiation as well as that of problem of content presupposes clarity about the structure of protective rights. For that reason their structure will be the centre of interest here.

(8) SEE ALEXY, 'A Theory of Constitutional Rights', 296, 300-48.

III. PROTECTIVE RIGHTS AND THE PROBLEM OF OVERCONSTITUTIONALIZATION

Protective rights are constitutional rights that a right-holder has against the state, namely, that the state protect him from interference by third parties. Protective rights can have a great variety of objects. The spectrum extends from homicide, to insult to protection from the dangers associated with the peaceful use of atomic energy. The main source of the problems of protective rights is that protecting the one side means interfering with the other. Protection from disparaging utterances presupposes interference with freedom of speech. This dialectics of protection and interference gives rise to the notation that there can always be only a single right solution if both rights - the protective right and the defensive right - have to be optimized according to the rules of proportionality. This one right solution would be something like an ideal and highest point (9).

This highest point objection speaks to the same problem as Böckenförde's foundation objection: the problem of overdetermination and, thereby, over-constitutionalization. There can be no doubt that overdetermination is unacceptable. For this reason, there are only three solutions. The first consists in abandoning protective rights. Böckenförde's appeal to return to defensive rights comes close to this. But there are strong reasons for having protective rights. Would the state not be violating the right to life if, say, it were to abolish criminal liability for manslaughter? The second solution is to relinquish proportionality, and with it optimization, at least in so far as protective rights are concerned. The adherents of this solution tend to substitute, for proportionality, the idea of a minimum standard or level of protection (10). But how is the minimum level to be determined? If this is to be done without proportionality, no rational criteria exist. If it is to be done by proportionality, the second solution is not really the second solution at all, but the third solution.

The third solution attempts to show that the combination of protective rights and proportionality does not lead to overdetermination or even total determination. It is compatible with the idea of a framework that leaves room

(9) SEE PETER LERCHE, 'Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?', in Joachim Burmeister (ed.), *Festschrift für Klaus Stern* (Munich, 1997), 205; *id.* 'Facetten der 'Konkretisierung' von Verfassungsrecht', in Ingo Koller, Johannes Hager, Michael Junker, Reinhard Singer, and Jörg Neuner (eds.), *Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken* (Munich, 1998), 21; Rainer Wahl, 'Der Vorrang der Verfassung', in *Der Staat*, 20 (1981), 504; Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und 'Eingriffsintensität'* (Berlin, 1989), 174.

(10) See JOSEF ISENSEE, 'Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht', in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5 (Heidelberg, 1992), 232.

for the autonomy of parliamentary legislation. This solution shall be proposed here. The argument proceeds in three steps. The first concerns the structure of defensive rights, the second, the structure of proportionality, and the third, some elements of the theory of discretion (*Spielraum*).

IV. ALTERNATIVITY

The structure of protective rights is in one point fundamentally different from that of defensive rights. Defensive rights are prohibitions on destroying, adversely affecting, and so on. Protective rights are commands to protect, support, and so on. When there is a *prohibition* on destroying or adversely affecting something, then *every* act that represents or brings about destruction or an adverse effect is prohibited. By contrast, if there is a *command* to protect or support something, then *not every act* that represents or brings about protection or support is required. The prohibition of killing implies, at least *prima facie*, the prohibition of every act of killing, whereas the command to rescue does not imply a command to carry out every possible act of rescuing. It may be possible to save a drowning man by swimming to him, or by throwing him a life raft, or by sending out a boat, but it is not the case that all three acts are simultaneously required. Rather, what is required is that *either* the first act, *or* the second, *or* the third be performed. Thus, protective rights have an *alternative* or disjunctive structure, and defence rights, a *conjunctive* structure. Unconstitutional action of the state has a definitive counterpart, which consists in the omission of just that unconstitutional action. The alternative structure implies that unconstitutional omission has no definitive counterpart (11), but as many possible counterparts as alternatives exist. All structural differences between defensive and protective rights stem from this difference. This becomes clear once we connect the alternative structure of protective rights to the principle of proportionality.

V. THE EASIER QUESTION: VIOLATION OF THE DEFENSIVE RIGHT

Alternativity and proportionality have to be connected inside the dialectical structure defined by the collision of protective and defence rights. This dialectical structure implies that it is always possible to put two questions. The first is, whether the defensive right is violated, the second, whether the

(11) See GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte ab Eingriffsabwehrrechte* (Baden-Baden, 1988), 40.

protective right is violated. The first question is much easier to answer. Therefore, we will begin with it.

The question whether a defensive right is violated triggers several sub-questions. Here only the question of proportionality is of interest. The decisive point is that in so far as the violation of a defensive right is at stake, no logical differences exist between the examination of an infringement justified by a protective right and an examination of an infringement justified by a collective good or a policy.

The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrow sense. All three principles express the idea of optimization (12). To apply the principle of proportionality to constitutional rights means to treat them as optimization requirements, that is, as principles (13). For that reason, the term 'principle' in what follows will often be used instead of the term 'right'.

1. SUITABILITY AND NECESSITY

The first two sub-principles of the principle of proportionality are the principles of suitability and necessity. The principle of suitability excludes the adoption of any means that infringe upon a constitutional right without promoting any right or goal for which these means were adopted. If a means *M*, adopted in order to promote a protective right, is not suitable for this purpose, but infringes upon a defensive right, then it is unproportional and therefore unconstitutional. The same is the case if the unsuitability concerns the relation of *M* to any other goal. The situation is similar in the case of necessity. The principle of necessity requires that of two means promoting the protective right that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with the defensive right ought to be chosen. The same applies when the two means are equally suitable for any other goal or a collective good.

2. PROPORTIONALITY IN THE NARROW SENSE

Things become more interesting in the case of proportionality in the narrow sense. Here, an aspect comes into play that retains its impact when the direction of the examination of proportionality is reversed, that is, where the question is raised as to whether the protective right has been violated.

(12) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 66-9.

(13) *Ibid.* 47.

The principle of proportionality in the narrower sense is identical with a rule that might be called the 'Law of Balancing' (14). This rule refers to constitutional rights as principles. It states:

The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.

The Law of Balancing expresses the most important aspect of the complex structure of balancing. A complete description of what balancing between two principles means is found in the Weight Formula. In the postscript to *A Theory of Constitutional Rights* it is presented in a rather clumsy notation, using three capitals to express one factor (15). There it runs as follows:

$$W_{P_i, j} C = \frac{IPC \cdot WPA \cdot RPC}{SPC \cdot WP_j A \cdot RP_j C}$$

Since then, I have tried to simplify the Weight Formula in the following way (16):

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

The Weight Formula is an attempt to illustrate the structure of balancing with the help of a mathematical model. ' W_{ij} ' ($WP_{ij}C$) represents the concrete weight of principle P_i , that is, the weight of P_i in the circumstances of the case to be decided, *relative* to P_j , the colliding principle. ' I_i ' (IP_iC) stands for the intensity of interference with P_i by the means or measure M , the proportionality of which is to be examined. The most important factor with respect to protective rights is I_j . ' I_j ' (IP_jC) represents the intensity of negative effects that the omission of the interference with P_i that is, $\neg M$, would have for the colliding principle P_j , that is, the intensity of interference with P_j by non-interference with P_i . ' W_i ' (WP_iA) and ' W_j ' (WP_jA) stand for the abstract weights of P_i and P_j . In many cases the abstract weights are equal, which is

(14) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 102.

(15) *Ibid.* 419. fn. 97.

(16) ROBERT ALEXY, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris* 16 (2003), 446. For the most detailed presentation see ROBERT ALEXY, 'Die Gewichtsformel', in JOACHIM JICKEL, PETER KREUTZ, and DIETER REUTER (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (Berlin 2003), 771-92.

to say that they neutralize each other. This makes it possible to reduce them. 'R_i' (RP_jC) and 'R_j' (RP_jC) refer to the reliability of the empirical assumptions concerning what the measure *M* in question means for the non-realization of *P_i* and the realization of *P_j* in the circumstances of the concrete case. There are many cases in which the decision depends essentially or even solely on *R_i* and *R_j*, but there are also many cases in which *R_i* and *R_j* are equal, such that both can be reduced. If *W_i* and *W_j* can also be reduced, the decision solely depends on *I_i* and *I_j*. The Weight Formula can then be applied in the reduced form:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

In order to explain what this means, the Titanic Judgment of the Federal Constitutional Court shall be considered (17). This case is a defence vs. protection decision, in which the Weight Formula has been applied in its reduced form. The decision concerns the classic conflict between freedom of expression and personality rights. A widely-published satirical magazine, Titanic, described a paraplegic reserve officer who had successfully carried out his responsibilities, having been called to active duty, first as a 'born Murderer' and in a later edition as a 'cripple'. The Düsseldorf Higher Regional Court of Appeal ruled against Titanic in an action brought by the officer and ordered the magazine to pay damages in the amount of DM 12,000. Titanic brought a constitutional complaint. The Federal Constitutional Court undertook 'case-specific balancing' (18) between the freedom of expression of those associated with the magazine (*P_i*) and the officer's general personality right (*P_j*). To this end, the two readings of intensity of interference with these rights are set out in relationship to each other. There are, in general, two ways to proceed. The first has us proceeding without any ranking of the intensity of interference as such. It confines itself to saying that *I_i* is either stronger or weaker or equally as strong as *I_j*. The Court, however, follows the second way of proceeding. It consists in ranking the intensity of interferences as such or in isolation, and then deriving the conclusion from this. Whether this second way can be carried out is one of the most important questions of the theory of balancing.

Ranking one act or measure as such is impossible without a scale. Very different scales are conceivable. The extremes are an infinitesimal scale on the one hand and a scale with only two stages on the other. Naturally, one

(17) BverfGE 86,1.

(18) BverfGE 86,1 (11).

could also conceive of a scale with only a single stage. But this would not be a scale that could be used in balancing. If everything is equal, rational preference is impossible.

Balancing in law is based on argument, and not on some kind of measurement that is possible without argument, say, by observation, instruments, or intuition. This means that the intensity of interferences must be expressed by means of propositions that can be substantiated by argument as well as refuted. In order to be able to put forward an argument for or against a proposition about the intensity of an interference, the proposition must be intelligible. Intelligibility of the propositions about the degrees of intensity is therefore a necessary condition for the adequacy of any scale in law.

A scale that is intelligible, giving rise to no difficulties on this score, is the scale 'light', 'moderate', and 'serious', which can be represented by '*l*', '*m*' and '*s*'. This triadic scale can easily be refined by transforming it into a double-triadic scale, which works with nine stages. These can be represented as follows: [1] '*ll*', [2] '*lm*', [3] '*ls*', [4] '*ml*', [5] '*mm*', [6] '*ms*', [7] '*sl*', [8] '*sm*', [9] '*ss*'. But this shall not be elaborated here (19). The only point of interest in the present context is that the condition of intelligibility sets limits to the refinement of the scale. It is not difficult to understand what a minor interference in the upper ranges (*ls*) comes to, but, how, for example, is one supposed to understand 'seriously lightly moderate' (*mls*)? Only in the areas of the extremes do the classes of the threefold-triadic model, for instance '*sss*' seem to be comprehensible.

The Weight Formula does not attempt to substitute balancing as a form of argument by calculation. It is merely a formal device to express the inferential structure of the balancing of principles, just as logic is a formal device to express the inferential structure of subsumption under rules. In order to apply the Weight Formula as an analytical instrument, numbers must be assigned to the three values of our triadic model, *l*, *m*, and *s*. There are various possibilities. A rather simple assignment - at the same time highly instructive - consists in taking the geometric sequence 2^0 , 2^1 , and 2^2 , that is, 1, 2, and 4. In the Titanic Judgment the Federal Constitutional Court considered the intensity of infringement (*I_i*) with the freedom of expression (*P_i*) by imposing damages in the amount of DM 12,000 (*M*) as serious (*s*). This is proportional only if the concrete importance to be attached to the requirement of protecting the personality right of the officer is at least as high. Concrete importance here consists in the intensity of infringement (*I_j*) with the officer's right to protection. The Court considered the intensity of infringement upon the officer's right to protection of his personality (*P_j*) by not imposing damages

(19) See ALEXY 'On Balancing and Subsumption', 445.

($\neg M$) differently in the case of describing him a 'born murderer' from the case of calling him a 'cripple'. In the first case it considered the intensity as moderate (m), perhaps even as light (l). If we insert the corresponding values of our geometric sequence for s and m , the concrete weight of P_i (W_{ij}) is in this case $4/2$, that is, 2. In this way, the priority of P_i over P_j is expressed by a concrete weight greater than 1. The description of the officer as a 'cripple' was considered as serious (s), because it was humiliating and disrespectful. This gave raise to a stalemate, expressed by the value 1. To this extent, the order to pay damages was not unproportional.

As our example shows, in a case in which the question is whether a protective measure M violates the defensive right for reason of unproportionality, the collision of a defensive and a protective right has a rather simple structure. One has only to ask whether, by adopting M , the intensity of interference with the defensive right (I_i) is higher than the intensity of interference with the protective right (I_j) would be by not adopting M , that is, by adopting $\neg M$.

VI. THE MORE DIFFICULT QUESTION: VIOLATION OF THE PROTECTIVE RIGHT

Things become far more difficult if one looks in the reverse direction, asking the question whether a protective right is violated by denying protection at all or by failing to give enough protection. The classical example in constitutional law is abortion. Here only the structure of the relationship between the protective right and proportionality is of interest. Therefore, I will confine myself to a greatly simplified constellation, which consists of four alternative means or measures of protection concerning the first three month of pregnancy. The first measure, M_1 , is a strict prohibition, which allows abortion only if the life of the mother is in danger. M_2 consists of a weak prohibition which allows abortion on social grounds. M_3 abandons the system of prohibition and exception and demands only counsel, which is, however, connected with the possibility of granting financial support. M_4 , finally, simply consists of providing for free abortion in the first three month. This can count as protection only in the sense that abortion is free only during the first three months. It is not our purpose to solve the constitutional problem of abortion here. The attachment of values to the four measures M_1 - M_4 only reveals the structure of the connection of proportionality with alternativity. This structure would remain the same if other values were correct, and it would not change if on the side of the *nasciturus* it were not a right to life that is to be considered but only an obligation of the state to protect the unborn life.

The first important point is that on the side of the protective right, two lines of values always have relevance, whereas on the side of the defensive right only one is normally worthy of consideration. The first line represents the degree of protection. If one connects it with the line of the intensity of interference with the defensive right, in our case the right of the mother to personality, a double sequence like the following emerges:

P_i	P_j	
degree of protection (D_i)		intensity of interference (I_j)
s	M_i	s
m	M_2	m
m	M_3	$M (P_k)$
l	M_4	l

This looks like a sequence of statements and it would mean, according to the Weight Formula, that all measures would be equally proportional and thereby, constitutional, too. This impression, however, only arises because the double sequence fails to present the whole picture. The analysis of the Titanic Judgment has shown that a further element is relevant. It is the impact that the omission of the protective measure has for the protective right. This element has been described as the infringement upon the protective right by $\neg M$. Its intensity is represented by I_i . I_i refers to the intensity of non-protection, D_i , to the degree or intensity of protection.

The problem in our case is that more than one measure is under consideration. The alternative structure implies that the negations of the different measures, say $\neg M_2$ have no definitive counterpart. $\neg M_2$ can mean M_1 as well as M_3 or M_4 . In case of M_1 , the protective right surely would not be violated, in case M_3 , however, it is possible to assume a violation. The concept of violation, however, contains the key to the solution. Our question is whether the protective right is violated. It is violated if the protection afforded, in relation to the intensity of interference with the defensive right, is not enough. This makes it possible to consider the intensity of infringement upon the protective right by $\neg M_n$ as simply the intensity of non-protection by not adopting M_n but, rather, the measure with the next lower degree of protection (D_i) on the list, that is, M_{n+1} . One can call this the Rule of Chain Negation. Chain negation is not an absolute negation that has no counterpart, but a relative negation. The relativity is provided by the list. On this basis, a more complete picture can be given by means of the following three sequences:

P_i			P_j
I_i	D_i		I_j
$\neg M_1:l$	s	M_1	s
$\neg M_2:m$	m	M_2	m
$\neg M_3:m$	m	M_3	$m (P_k)$
$\neg M_4:s$	l	M_4	l

M_1 and M_4 , according to the values given to them, are unproportional. In the case of M_1 , the principle of proportionality appears as a prohibition of too much (*Übermaßverbot*), in the case of M_4 as a prohibition of too little (*Untermäßverbot*). This shows that these two prohibitions are elements of proportionality and not independent rules. M_3 achieves the degree of protection (D_i) m because it includes not only counsel but also financial support. Public funds are available only to a limited degree. The principle of the financial capacity of the state precludes the notion that all infringement upon constitutional rights which could, in principle, be avoided by financial means, must be avoided in this way. Perhaps many crimes could be avoided and, by these means, many infringements upon the freedom of the delinquents, too, and, at the same time, a great deal of protection could be achieved if each potential criminal offender were to receive a grant of financial support from the state equal in amount to a middle class income. Still, no one up until now seems to have maintained that this is required by the constitution. The principle of financial capacity of the state *qua* substantive principle (20) can justify not adopting a less intensively interfering means if the more intensively interfering means leads to considerably higher costs (21). In our constellation the principle of financial capacity of the state is represented by P_k . M_3 interferes less intensively in P_j than M_2 . If one considered only M_3 and P_j , the value would be l . But if one combined the intensity of interferences in P_j and P_k , the additive value is m (22). For this reason we have in the case of M_2 and M_3 stalemates on the same level. This means that the legislator has discretion to decide for either M_2 or M_3 . In our constellation the only alternatives to M_2 and M_3 are M_1 and M_4 , and both are prohibited. Therefore, the legislator must choose either M_2 or M_3 . Real life provides for more possibilities, which is to say that the number of problems increases. But the structure of the problems remains the same. This structure stems from the combination of proportionality and alternativity.

(20) WOLFRAM CREMER, *Freiheitsgrundrechte* (Tübingen 2003), 323.

(21) BverfGE 77,84 (110).

(22) See on this ALEXY, 'Die Gewichtsformel', 791.

VII. DISCRETION

The discussion of abortion has shown that the idea of protective rights does not exclude all discretion of the legislature, as the highest point objection maintains. The question is, how far this can be generalized. In order to show how an answer to this question might be given, a glance shall be cast, in closing, on some elements of the theory of discretion.

There exist two kinds of legislative discretion: substantial or structural (23) on the one hand, and epistemic on the other. Substantial discretion of the legislature consists of everything what constitutional norms neither command nor prohibit. Epistemic discretion consists in the competence of the legislature to determine, in cases of uncertainty, what constitutional norms command or prohibit, and what they leave free. The scope of this competence or power is equivalent to the scope of a corresponding disability on the part of the constitutional court. Substantial discretion is considerably less problematic than epistemic discretion. That the legislature is free where the constitution contains no relevant obligations needs no justification. That it has the competence to decide where questions arise about whether or not it is free, is by contrast less obvious. In order to reply to the reproach of overconstitutionalization, it is enough to consider substantive discretion.

There are three kinds of substantive discretion: [1] means-selecting discretion, [2] end-setting discretion, and [3] discretion in balancing. Discretion in balancing stems from stalemates that occur frequently owing to the fact that only relatively rough scales are applicable in law. This kind of substantive discretion has already been taken up in the abortion example. For this reason, only means-selecting and end-setting discretion shall be considered here.

1. MEANS-SELECTING DISCRETION

Means-selecting discretion appears in direct connection with constitutional rights only in the case of rights to positive state action. It stems from nothing other than their alternative structure. This structure has already been described. The only thing that shall be added here is that means-selecting discretion is the only kind of discretion that is peculiar to rights to positive state action. All other kinds of discretion may also be present in the case of defensive rights. Only a difference of degree is conceivable here. This is a corollary of the thesis that the only structural difference between protective and defensive rights is that of alternativity.

(23) In ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 310, 393, 395, only the term 'structural' is used.

2. END-SETTING DISCRETION

The second kind of substantive discretion, end-setting discretion, is of special importance for the understanding of protective rights. End-setting discretion is well known where limitations of defensive rights are at stake. Many defensive-rights provisions contain an authorization of the legislature to limit its enjoyment. Such an authorization gives the legislature the constitutional power to decide for itself whether and on the basis of which goals and policies it wishes to limit the enjoyment of the right. This power of limitation is, naturally, again limited by the principle of proportionality, but within these limits it is an instance of discretion.

All this is relevant not only with respect to defensive rights, but also with respect to protective rights. Protective rights definitively prohibit the legislature from going below the level at which unproportionality begins. Above this level, protective rights as principles continue to demand *prima facie* that more protection be granted. Owing to the colliding defensive right, however, this demand as such might well (24) not be strong enough. In this case, the protective right is relevant but not determinant. At this point the authorization of the legislature to limit constitutional rights in order to promote goals and policies comes into play. Naturally, there exists no discretion with respect to the decision of whether protection be granted at all. The protective right as such is not left to the disposition of the legislature. But end-setting discretion includes discretion with respect to the degree to which a goal is promoted, and this applies to protective rights, too. The legislature can decide in favour of a protective policy, and this can, in connection with the protective right, justify a more intensive infringement with defensive rights than the protective right, taken alone, could justify. The same, however, applies on the side of the defensive right. The legislature can not only adopt a policy that favours protective rights, it can also decide to favour defensive rights - both, naturally, to the limits of proportionality.

An example of this is the 1998 decision of the Federal Constitutional Court on protection from redundancy. It concerned the question whether businesses with fewer than five employees could be exempted from the relatively strict redundancy provisions of the employment law, with the result that employees in such businesses being made redundant would only enjoy the relatively weak general protection of private law. Here the employer's freedom of profession, guaranteed by article 12 [1] German Basic Law as a defensive right, competed with the state's protective duty, also arising from

(24) On this distinction see ROBERT ALEXY, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit', in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 61 (2002), 26.

article 12 [1], towards employees. The Federal Constitutional Court required that these be optimized: 'The competing constitutional-rights positions are to be understood in the context of their effect on each other, and are to be limited in such a way that they become as effective as possible for all concerned' (25). At the same time, the Court granted the legislature a 'broad liberty of lawmaking', that embraced not only empirical assessments but also 'the evaluation of the range of interests, in other words, weighting opposing requirements and determining their need of protection' (26). Here, the decision becomes rather unclear, as it is often the case in judgments concerning discretion and protection. One can interpret this quotation in two ways: [1] as granting normative epistemic discretion and [2] as pronouncing an end-setting discretion. Here only the second possibility is of interest. An end-setting discretion is expressed most clearly when the Court justifies the constitutionality of the legislature's decision against the interests of the employees with the argument that the interests of business were seen '*by the legislature* as particularly worthy of protection' (27). To consider relevant that the legislature looks upon something as worthy of protection is to acknowledge its competence to decide this question, that is, its discretion. This shows that end-setting discretion exists not only when defensive rights are restricted but also when protective rights are not protected.

What has been said about substantive discretion seems to be sufficient for rejecting the reproach of overdetermination or overconstitutionalization. A consideration of epistemic discretion would corroborate this.

(25) BverfGE 97, 169 (176).

(26) *Ibid.*

(27) BverfGE 97, 169 (180), emphasis added.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición.*

La obra que recensamos tiene por objeto el estudio de la regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición que se hace en los artículos 19 a 35 de la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (LSSDA). La edición de este elaborado trabajo se presenta en un momento crucial en la evolución del Derecho Civil de Cataluña, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, tal normativa, junto con la de otras leyes catalanas, tales como la 13/2000, la 6/1990 y la 22/1991, deberá pasar a formar parte del futuro Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

El libro centra su campo de estudio en la exhaustiva regulación que la LSSDA hace de los derechos de tanteo, retracto y opción, por encima del análisis dogmático que tanto la doctrina y la jurisprudencia, española y extranjera, habían venido realizando con el fin de cubrir la ausencia de una completa regulación legal, no obstante tratarse de unas figuras jurídicas frecuentemente utilizadas en la práctica, en ámbitos como el inmobiliario, el bursátil o el deportivo, entre otros. Se trata, así, de una normativa sin precedentes en el Derecho comparado.

La amplia y detallada regulación que la LSSDA hace de los derechos de adquisición ha permitido al autor, si bien no sin esfuerzo, construir una teoría general con la que dar solución a muchos de los problemas que planteaban estos derechos cuando su origen era voluntario.

La LSSDA regula derechos de adquisición de naturaleza y características bien diferentes. Se distingue entre el derecho de opción y el de tanteo y retracto, configurando este último como una manifestación del derecho de tanteo de naturaleza real, cuya efectividad tiene lugar cuando ya se ha producido la transmisión, a diferencia del tanteo, que se ejercita cuando ha tenido lugar el acuerdo transmisivo pero no la transmisión de la propiedad. A su vez, la opción puede configurarse con carácter personal o real. Además, tales derechos pueden constituirse por contrato, por otros actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o *mortis causa*. En consecuencia, son diversas las posibilidades de configuración de estos derechos, lo que dificulta el establecimiento de una regulación unitaria y conduce, a su vez, a que haya múltiples divisiones en la estructuración de la ley.

La monografía, sin embargo, sigue una sistemática unitaria y omnicompreensiva, similar a la utilizada por la propia LSSDA, en el sentido de no separar tajantemente, en apartados estancos, los diferentes derechos regulados, sino que el autor ha optado, en aras a una mayor claridad expositiva, por

analizarlos de manera conjunta, reseñando al final de cada punto estudiado las particularidades propias de cada derecho, lo que merece una valoración muy positiva, al permitir una visión comparativa muy útil tanto para el jurista dogmático como para el práctico.

Las cuestiones que se han tratado a lo largo de los ocho capítulos de que consta el libro, a los que precede una breve pero necesaria introducción, pueden agruparse en dos partes. La primera parte, en la que entrarían los primeros cuatro capítulos, se dedica al estudio de las cuestiones introductorias, a la vez que a la configuración de una teoría general de los derechos de adquisición, haciendo referencia, en concreto, al origen y evolución de su regulación en el Derecho Civil de Cataluña, a su concepto, clases, razón de ser y naturaleza jurídica. La segunda parte, formada por los restantes cuatro capítulos, trata la dinámica de los derechos voluntarios de adquisición: constitución, derechos y obligaciones de las partes en la fase en que el Derecho se ha constituido pero todavía no se ha ejercitado, requisitos y efectos del ejercicio del Derecho, y finalmente, su extinción.

Todo ello se completa con un anexo de jurisprudencia citada y una amplia bibliografía recopilatoria de los numerosos trabajos que sobre la opción, el tanteo y retracto se han manejado por el autor para la investigación y preparación de su trabajo. Llama la atención que la mayoría de los libros reseñados sean de Derecho español, pero el poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley hasta la publicación del libro recensionado explica la escasa bibliografía existente respecto de los artículos 19 a 35 LSSDA. No obstante, destaca el pormenorizado estudio que de los trabajos preparatorios de la LSSDA se ha hecho, que son de gran utilidad para la interpretación de algunos aspectos oscuros de la regulación.

La tesis mantenida por el autor en esta monografía rompe con los esquemas tradicionales mantenidos por otros estudiosos de los derechos de adquisición, a la vez que se separa de los autores que, por el momento, han comentado la LSSDA, quienes han llegado a conclusiones bien diferentes, seguramente, al estar influenciados por el régimen anterior a la aprobación de la LSSDA. Especialmente destacables son algunas de las afirmaciones que el autor realiza respecto de la eficacia adquisitiva del ejercicio de un derecho de adquisición.

En el derecho de opción, su naturaleza personal o real afecta directamente a la propia configuración del derecho, determinando un régimen radicalmente diferente según cual sea esta naturaleza jurídica. En este sentido, si la opción es personal, constituye un simple pacto añadido a un contrato traslativo del dominio que condiciona su propia eficacia, no siendo más que una modalidad de precontrato, de carácter unilateral, en el sentido de que tan sólo una de las partes, el optante, puede poner en marcha el contrato, mientras el concedente queda a expensas de la decisión del titular de la opción. Asimismo, para que tenga lugar la transmisión de la propiedad hará falta la tradición. Aunque el contrato constitutivo del derecho de adquisición se haya formalizado en escritura pública, una vez ejercitada la opción será preciso el otorgamiento de una escritura de transmisión de la propiedad. Para formalizarse la transmisión se requerirá la intervención del concedente o, en su defecto, del juez.

En cambio, si la opción es de carácter real estamos ante un derecho autónomo que, una vez constituido, adquiere independencia y vida propia, relegando al negocio originario creador. Si se ejercita una opción real se produce,

sin necesidad de tradición, la adquisición inmediata de la propiedad, al adquirirse a través del propio derecho real de opción, configurado por la LSSDA como un nuevo modo de adquirir, y no por vía de contrato más tradición, como ocurre si la opción es personal. Consecuentemente, con la notificación del ejercicio de la opción real, siempre que se hayan cumplido los requisitos estipulados, se adquiere la propiedad. De esta forma, el cambio de titular registral tendrá lugar con la constancia en el registro de la notificación acreditativa del correcto ejercicio de la opción.

Por lo tanto, la principal diferencia entre la opción de naturaleza personal y real no reside en la oponibilidad a terceros de esta última, como sostenían las tesis tradicionales, sino que, de acuerdo con la nueva tesis mantenida por el autor, se encuentra en la diferente eficacia adquisitiva de cada modalidad. En apoyo de esta tesis, está la regulación que la LSSDA hace de la opción personal que, cuando esté inscrita, gozará de la misma oponibilidad frente a terceros que la opción real. La diferencia entre la opción personal inscrita y la real se encuentra, además de en la eficacia adquisitiva inmediata de esta última, en que la personal es sólo ejercitable ante el concedente, mientras la real se puede ejercitar frente a cualquier tercero poseedor de la cosa.

Por lo que respecta a los derechos de tanteo y retracto, no otorgan una facultad de adquisición, sino una simple preferencia, de manera que, a diferencia de la opción, su efectividad de estos derechos queda en manos del concedente, quien no puede ser obligado a realizar la enajenación; a lo más, quizá no podrá elegir quién adquirirá el bien.

El tanteo y el retracto no son dos derechos distintos sino dos fases de un mismo derecho, que tienen lugar, respectivamente, antes o después de haberse producido la enajenación. Cuando se habla de tanteo se hace desde dos sentidos diferentes, por una parte, en sentido amplio, como derecho de adquisición preferente comprensivo tanto del tanteo como del retracto, y por otra parte, únicamente como preferencia ejercitable antes de haber tenido lugar la transmisión. Así, aunque el tanteo se constituya con carácter real, en la fase preadquisitiva, es decir, cuando se habla de tanteo en sentido estricto, siempre actuará como un derecho personal.

Desde el punto de vista de la eficacia adquisitiva, el autor mantiene la existencia de un paralelismo entre el tanteo y la opción personal, y el retracto y la opción real. Efectivamente, el ejercicio del tanteo supone una subrogación en el acuerdo transmisivo con el tercero, pero no una adquisición de la propiedad; el ejercicio del tanteo produce los mismos efectos de todo contrato traslativo del dominio: la obligación de pagar el precio y la de entregar la cosa, y sólo cuando ésta se entregue será cuando se adquirirá la propiedad. Por el ejercicio del tanteo, el tanteante no se convierte en propietario, como tampoco lo sería el tercero por llevar a cabo el acuerdo transmisivo con el concedente.

Sin embargo, el retracto ya supone la existencia de un tercer adquirente, al operar cuando ya se ha producido la transmisión. Conforme a su naturaleza real, el retrayente adquirirá de una manera similar a la que tiene lugar en la opción real, a través del ejercicio de un derecho de adquisición, y no por vía contractual. En el retracto no hay subrogación, sino una nueva adquisición, que se produce frente al tercero, de quien el retrayente adquirirá en las mismas condiciones que aquél adquirió.

En último término nos gustaría reseñar algunas cuestiones más concretas sobre las que el autor incide de forma destacable, tales como su crítica des-

aprobación de la regla de la intransmisibilidad natural de los derechos de adquisición de naturaleza real, cuya aplicación, sospecha, será difícil de sostener en relación con la opción real; o la sorpresa que le produce que la LSSDA no haya, aparentemente, tenido en cuenta la regulación que se hace en el Derecho Civil catalán de un derecho voluntario de adquisición con tanta tradición como es el derecho de redimir en la *venda a carta de gràcia*, ya que, a su parecer, tal derecho no es sino una opción de recompra; o el meritorio esfuerzo que realiza al presentar, de manera sencilla y comprensible para los prácticos, la difícil convivencia entre estos derechos de adquisición y la institución jurídica catalana de la rescisión por lesión *ultradimidium*.

En esencia, se trata de una interesante y completa obra no sólo por el análisis pormenorizado que realiza de los artículos 19 a 35 LSSDA, intentando aclarar los puntos oscuros que en los mismos puedan existir, sino además por la sólida construcción dogmática que, desde la normativa catalana, traza el autor, esbozando una teoría general de los derechos voluntarios de adquisición a la que puede acudir todo estudioso, jurista o práctico que aplique el Derecho Civil catalán o espere encontrar soluciones fundadas a muchos de los problemas que dichos derechos presentan.

ANA GIMÉNEZ COSTA
Àrea de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 50 (Abril-Junio 2004)

«La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814», por ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, pág. 9.

SUMARIO: I. LA PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO ROMANO: A) LA PRETERICIÓN. B) LAS LIMITACIONES CUANTITATIVAS DE LA LIBERTAD DE TESTAR: INOFICIOSIDAD Y LAS LIMITACIONES CUALITATIVAS. C) LA NOVELA CXV.—II. EL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA.—III. LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL: A) LA LEY DE BASES. B) LA PRETERICIÓN FORMAL O DE LOS LEGITIMARIOS. C) LA INOFICIOSIDAD. D) LA PRETERICIÓN MATERIAL O DE LAS LEGÍTIMAS. E) DESHEREDACIÓN INJUSTA Y PRETERICIÓN.—IV. DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA*, VOCACIÓN HEREDITARIA Y DELACIÓN DE LA HERENCIA.—V. DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA* Y VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS LEGITIMARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL. EL LLAMADO DERECHO DE REPRESENTACIÓN.—VI. LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMAS: A) LEGITIMARIOS DESCENDIENTES. B) LEGITIMARIOS ASCENDIENTES. C) EL CÓNYUGE VIUDO. D) CONTENIDO DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGITIMARIO. E) LA SATISFACCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS: 1. *La sucesión intestada del viudo o viuda*. 2. *El suplemento de la legítima*. 3. *La desheredación injusta*. 4. *La preterición intencional y la sentencia del Tribunal Supremo 725, de 9 de julio del 2002*.—VII. EXAMEN CRÍTICO DEL ARTÍCULO 814 VIGENTE: A) DE SU PÁRRAFO 1.º; B) DE SU PÁRRAFO 2.º; C) DE SU PÁRRAFO 3.º; D) DE SU PÁRRAFO 4.º; E) DE SU ÚLTIMO PÁRRAFO.—VIII. EL NÚMERO 4 DEL ARTÍCULO 831 VIGENTE.—IX. CONCLUSIÓN.

«La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», por ANTONIO HUERTA TROLES, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS PARA UNA ADECUADA PREVISIÓN SUCESORIA DE LA EMPRESA FAMILIAR: A) LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA. B) LOS PACTOS FAMILIARES: EL PROTOCOLO FAMILIAR. C) PREVISIONES EN RELACIÓN AL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. D) SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL TESTAMENTO DEL EMPRESARIO.—III. INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO DISPOSITIVO: A) EL USUFRUCTO UNIVERSAL A FAVOR DEL CÓNYUGE. B) FIDUCIA SUCESORIA; ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL. C) LEGADO DE COSA ESPECÍFICA Y MEJORA EN COSA DETERMINADA. D) INSTITUCIÓN DE HEREDERO. E) PAGO EN METÁLICO DE LAS LEGÍTIMAS: EL ARTÍCULO 841 DEL CÓDIGO

CIVIL.—IV. INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO PARTICIONAL: A) PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR: EL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL. B) PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR-PARTIDOR.—V. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

«La interpretación del artículo 1.964 del Código Civil», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 139.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TEXTO LEGAL.—III. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y EL CRÉDITO HIPOTECARIO.—IV. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DIVERSAS POSICIONES DOCTRINALES: A) *La prescripción de la acción personal no implica la extinción de la acción hipotecaria, pero limita su ámbito de aplicación.* B) *La prescripción de la acción personal determina la extinción de la acción hipotecaria.* C) *Los plazos de prescripción de las acciones se refieren a relaciones jurídicas diferentes.* D) *Los plazos de prescripción de la acción personal y de la acción hipotecaria tienen diverso ámbito de aplicación.*—V. RECAPITULACIÓN.—VI. NUEVA PERSPECTIVA LEGAL.

«Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo», por VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS, pág. 165.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) TESIS RESTRICTIVA. B) TESIS AMPLIA.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS: A) TEORÍA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS. B) TEORÍA DE LA PRENDA. C) TEORÍA DE PANTALEÓN PRIETO: LA PRENDA PRODUCTORA DE UNA CESIÓN LIMITADA DEL CRÉDITO.—IV. RETORNO A LA TEORÍA DE LA PRENDA Y EXAMEN DE LOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS: A) EJECUCIÓN DE LA PRENDA. B) PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS. C) PRENDA DE CRÉDITOS VS. COMPENSACIÓN. D) PRENDA DE CRÉDITOS VS. EMBARGOS. E) PRENDA DE CRÉDITOS Y CONCURSO DEL DEUDOR.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 212 (Septiembre-Octubre 2004)

«Pacto local y urbanismo», por MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 11.

SUMARIO: I. EL ENCAJE DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO.—II. EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS LOCALES SOBRE EL URBANISMO: 1. SOBRE EL CONCEPTO DE URBANISMO Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS DE LA CIUDAD. 2. LAS COMPETENCIAS LOCALES SOBRE EL URBANISMO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN. 3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: AUTONOMÍA LOCAL Y COMPETENCIAS URBANÍSTICAS.—III. EL PACTO LOCAL: FUNDAMENTOS Y CONSECUENCIAS.—IV. EN PARTICULAR, LA REIVINDICACIÓN DEL URBANISMO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. RECLAMACIONES CONCRETAS.—V. EL PROBLEMA DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANA: 1. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO POSITI-

VO. 2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA ARMONIZAR DERECHO POSITIVO Y AUTONOMÍA LOCAL. 3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: a) *Andalucía*; b) *Asturias*; c) *Canarias*; d) *Castilla-La Mancha*; e) *Galicia*; f) *Madrid*. 4. ALGUNAS CONCLUSIONES.—VI. LAS AUTORIZACIONES DE USOS EN SUELO NO URBANIZABLE.—VII. LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS.—VIII. REFLEXIÓN FINAL.

«Aspectos jurídicos del programa de ajuste turístico en Canarias», por LUIS FAJARDO SPINOLA, pág. 53.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DE BALEARES A CANARIAS.—3. MEDIDAS CAUTELARES.—4. OBJETO Y CONTENIDO DE LA OPERACIÓN DE AJUSTE.—5. DESCLASIFICACIÓN Y RECATEGORIZACIÓN DE SUELO URBANIZABLE: 5.1. ACERCA DE LA DESCLASIFICACIÓN POR LEY. 5.2. DESCLASIFICACIÓN Y RECATEGORIZACIÓN: 5.2.1. *Recategorización y desclasificación directa*. 5.2.2. *Recategorización derivada: extinción de planes parciales obsoletos*.—6. CONTROL RESTRICTIVO DE LA PRODUCCIÓN DE SUELO TURÍSTICO.—7. REDUCCIÓN CONVENIDA DE LA CAPACIDAD ALOJATIVA TURÍSTICA.—8. PROGRAMA DE CONTENCIÓN DEL CRECIMIENTO: 8.1. OBJETIVOS GENERALES Y CARACTERÍSTICAS DEL PROGRAMA. 8.2. MEDIDA PREPARATORIA: EXTINCIÓN DE TÍTULOS DE URBANIZACIÓN Y EDIFICACIÓN. 8.3. CAPACIDAD DE CARGA. 8.4. RITMO DE CRECIMIENTO. 8.5. LÍMITES IMPUESTOS POR CADA PLAN INSULAR DE ORDENACIÓN. 8.6. AUTORIZACIÓN PREVIA TURÍSTICA Y CONTENCIÓN DEL CRECIMIENTO.—9. INTERVENCIÓN PARA LA CALIDAD TURÍSTICA: 9.1. RENOVACIÓN EDIFICATORIA. 9.2. INTERVENCIONES SOBRE EL ALOJAMIENTO TURÍSTICO IRREGULAR.

«Objeto y contenido de los programas de actuación integrada en la Comunidad Valenciana», por JOSÉ LUIS LORENTE TALLADA, pág. 95.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA FUNCIÓN EMPRESARIAL: 2.1. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DEL SUELO. 2.2. LA FACETA EMPRESARIAL DEL URBANISMO.—3. DOS GRANDES CONCEPCIONES DE POLÍTICA URBANÍSTICA Y POSICIÓN DE LA LRAU: 3.1. CONCEPCIONES POLARIZADAS. 3.2. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA VALENCIANA.—4. LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRA LA FINANCIACIÓN DEL URBANISMO: 4.1. LAS CARGAS URBANÍSTICAS (CESIONES DE SUELO Y COSTES DE URBANIZACIÓN) HAN IDO SIEMPRE *IN CRESCENDO*, SIN EXCEPCIÓN, EN CADA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA. 4.2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE FINANCIACIÓN.—5. SOLUCIONES DE FINANCIACIÓN DEL URBANISMO QUE APORTA LA LRAU: OBJETO Y CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS: 5.1. EL RECLAMO AL MUNDO EMPRESARIAL. 5.2. EL OBJETO Y CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS. 5.3. EL REPARTO DE LA PLUSVALÍA.—6. SITUACIONES QUE NO CONTROLA LA EMPRESA: SITUACIONES QUE NO SE PUEDEN APOYAR EN LA RENTABILIDAD.—7. EL PROGRAMA COMO FUNCIÓN PÚBLICA: 7.1. UN NUEVO PRINCIPIO ESTRUCTURAL. 7.2. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SOCIAL DE LOS PROGRAMAS. 7.3. LA PRERROGATIVA MAL ENTENDIDA. 7.4. ALGUNOS SUPUESTOS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SOCIAL.

«El turismo residencial en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por ÁNGEL CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, pág. 129 (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 11 (2004)

«La cotitularidad de la marca en el moderno Derecho español», por ALBERTO CASADO CERVIÑO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COTITULARIDAD DE LA MARCA: 1. LA SOLICITUD DE MARCA COMO OBJETO DE PROPIEDAD. 2. LA COTITULARIDAD DE LA MARCA.

«La constitución de la Junta de Acreedores en el procedimiento concursal», por LUIS MARTÍN CONTRERAS.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA: 1. QUE ESTÉ CONVOCADA EN FORMA. 2. LUGAR DE CELEBRACIÓN. 3. PUBLICIDAD DE LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA. 4. DURACIÓN DE LA JUNTA.—III. EL PRESIDENTE.—IV. EL SECRETARIO JUDICIAL.—V. LA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA.—VI. CONCLUSIONES.

Número 12 (2004)

«Los arrendamientos rústicos según la Ley de 26 de noviembre de 2003», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2003: CARÁCTER DE SUS NORMAS, HABILITACIÓN COMPETENCIA, ÁMBITO DE APLICACIÓN E IRRETROACTIVIDAD.—III. ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS A LA LEY ESPECIAL Y CONTRATOS EXCLUIDOS DE ELLA.—IV. REQUISITOS DEL ARRENDAMIENTO: 1. CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES. 2. OBJETO DEL ARRENDAMIENTO. 3. FORMA.—V. DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—VI. GASTOS Y MEJORAS: 1. GASTOS NECESARIOS O DE CONSERVACIÓN A CARGO DEL ARRENDADOR. 2. GASTOS Y MEJORAS A CARGO DEL ARRENDATARIO. 3. MEJORAS ÚTILES Y VOLUNTARIAS.—VII. ENAJENACIÓN, CESIÓN Y SUBARRIENDO.—VIII. TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: 1. EXTINCIÓN. 2. RESOLUCIÓN. 3. RESCISIÓN. 4. EFECTOS.—IX. EXPROPIACIÓN.—X. NORMAS PROCESALES.—XI. ARBITRAJE.—XII. INFORMACIÓN SOBRE REGISTROS DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

«Clasificación y prelación de créditos en la Ley concursal», por MARÍA DEL CARMEN RECIO GARCÍA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS.—III. CLASES DE CRÉDITOS CONCURSALES.—IV. CRÉDITOS PRIVILEGIADOS: 1. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL. 2. CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL.—V. CRÉDITOS ORDINARIOS.—VI. CRÉDITOS SUBORDINADOS.

Número 13 (2004)

«El criterio de normalidad en temas de inmisiones-contaminación acústica (ruido). ¿Abuso y/o ejercicio antisocial del derecho?», por JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL.

SUMARIO: I. LA DEMARCACIÓN DEL TEMA: 1. EL MÉTODO A SEGUIR. 2. LA APELACIÓN A DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LA EXPRESIÓN «NORMALIDAD» EN SU SEMÁNTICA: 1. UNA CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. UN PROBLEMA: EL DE LA EXTRAPOLACIÓN DEL LENGUAJE NATURAL AL LENGUAJE JURÍDICO.—III. ALGUNAS REFERENCIAS EN TORNO AL USO NORMAL Y A LA TOLERANCIA DEL DERECHO: 1. USO NORMAL. 2. DEL CONCEPTO DE «USO NORMAL» AL DE LA TOLERANCIA NORMAL.—VI. DENTRO DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA (RUIDO).—V. EL CERCO A TRAVÉS DEL EJERCICIO ABUSIVO Y/O ANTISOCIAL DEL DERECHO: 1. LA SOLUCIÓN A ALGUNOS INTERROGANTES. 2. EL ABUSO DEL DERECHO COMO CORRECTIVO NORMAL O EXCEPCIONAL. 3. LA «NORMALIDAD» JURÍDICA COMO CRITERIO EN LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO. 4. EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA. 5. EL CONTROL DE LA NORMALIDAD HA DE OPERARSE CON CRITERIOS OBJETIVOS.

Número 14 (2004)

«La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», por JOSÉ ANTONIO LUCINI NICÁS.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 41/2003. EL SUJETO DESTINATARIO DE LA LEY.—III. LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS DE LA LEY 41/2003. REGULACIÓN.—IV. MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 41/2003 EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEC.—V. MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA.—VI. EL REAL DECRETO 177/2004, DE 30 DE ENERO, SOBRE COMPOSICIÓN, FUNCIONAMIENTO Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—VII. RESEÑA DE BIBLIOGRAFÍA.

Número 15 (2004)

«La igualdad constitucional en materia de filiación», por M.^a BEGOÑA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO. ANTECEDENTES DE HECHO.—III. POSICIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO.—IV. POSICIÓN DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.—V. DOCTRINA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VI. CONCLUSIÓN.

«El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», por MONTSERRAT PEREÑA VICENTE.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DESTINATARIOS DE LA REFORMA: 1. DISCAPACITADOS O INCAPACITADOS. 2. ACREDITACIÓN DE LA DISCAPACIDAD.—III. EL PATRIMONIO PROTEGIDO: 1. NATURALEZA DEL PATRIMONIO. 2. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO. 3. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.

Número 16 (2004)

«Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho uniforme», por IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE LA REVOCACIÓN.—II. PERÍODO MÍNIMO DE LA OFERTA.—III. EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD REVOCATORIA.—IV. LÍMITES A LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA.—V. IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA.—VI. IRREVOCABILIDAD EXPRESA O TÁCITA.—VII. LA IRREVOCABILIDAD EN OFERTAS CON PLAZOS FIJOS DE ACEPTACIÓN.—VIII. CONCLUSIÓN.

«Incidencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en la regulación de la nacionalidad de los Estados miembros», por MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CABALLERO.

SUMARIO: I. SOBERANÍA ESTATAL Y REGULACIÓN DE LA NACIONALIDAD POR LOS PAÍSES COMUNITARIOS.—II. LA COMUNITARIZACIÓN DEL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE AMSTERDAM: SU SIGNIFICADO PARA LA REGULACIÓN DE LA NACIONALIDAD.—III. EL «DUMPING» DE LA NACIONALIDAD.—IV. LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD COMO EXIGENCIA COMUNITARIA INTEGRADORA. EL CASO DE ESTONIA, LETONIA Y LITUANIA.—V. CONCLUSIONES.

Número 17 (2004)

«Protección del consumidor a crédito frente al financiador», por NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LAS ADQUISICIONES FINANCIADAS POR UN TERCERO.—III. LA EFICACIA RELATIVA DE LOS CONTRATOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS ADQUISICIONES FINANCIADAS.—IV. LA VINCULACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN Y DE FINANCIACIÓN.—V. EL ACUERDO PREVIO CONCERTADO EN EXCLUSIVA: EL ARTÍCULO 15.1.B) DE LA LCC.—VI. RESPONSABILIDAD DEL PRESTAMISTA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR.—VII. LA

DEFICIENTE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A CRÉDITO. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL CASO «OPENING».—VIII. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 15 DE LA LCC POR LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE.—IX. ALGUNAS PREVISIONES DE FUTURO: LA NUEVA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE CRÉDITO A LOS CONSUMIDORES.

Número 18 (2004)

«Consideraciones sobre el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», por MANUEL GARCÍA AMIGO.

SUMARIO: I. LA NORMA REGULADORA DE LA RELACIÓN ARRENDATICA URBANA. SUS FUENTES, SU JERARQUIZACIÓN, SU INTEGRACIÓN: 1. ASPECTO NEGOCIAL, RELACIONAL Y NORMATIVO DEL CONTRATO. 2. LA NORMA REGULADORA DE LA RELACIÓN ARRENDATICA URBANA. 3. PLURALIDAD DE FUENTES EN LA RELACIÓN ARRENDATICA. 4. JERARQUIZACIÓN INTEGRADORA.

«El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios», por CARMEN SAMANES ARA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIONES OPERADAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO POR LA LEY 39/2002, DE 28 DE OCTUBRE, DE TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE DIVERSAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. COMPETENCIA. 2. PROCEDIMIENTO APLICABLE. 3. CAPACIDAD. 4. LEGITIMACIÓN. 5. SOLICITUD DE CESACIÓN PREVIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN. 6. INTERVENCIÓN. 7. MEDIDAS CAUTELARES. 8. SENTENCIA. 9. MULTAS COERCITIVAS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 253 (Julio-Septiembre 2004)

«El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA», por NURIA LATORRE CHINEE, pág. 853.

SUMARIO: I. EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LA LEY DE TRANSPARENCIA: CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL ORDENAMIENTO SOCIETARIO ESPAÑOL.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN CONCEPTUAL PREVIO A LA LEY DE TRANSPARENCIA: 1. LA FALTA DE CONCEPTO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2. LA CONTRIBUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL CONCEPTO. 3. ELABORACIÓN DEL CONCEPTO A PARTIR DE LA CONFRONTACIÓN CON EL ADMINISTRADOR DE DERECHO: A) *Proximidad entre el administrador de hecho y el de derecho: la funcionalidad*. B) *Distanciamiento entre el administrador de hecho y el de derecho: la falta de nombramiento válido*.—III. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL CONTEXTO DE LA LSA: 1. EL

NOMBRAMIENTO IRREGULAR DEL ADMINISTRADOR. 2. SEPARACIÓN, DIMISIÓN Y CADUCIDAD DEL CARGO DE ADMINISTRADOR. 3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL ARTÍCULO 133.2 LSA.—IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO.

«Efectos de la emisión o transmisión de títulos cambiarios sobre la relación subyacente», por AITOR ZURIMENDI ISLA, pág. 901.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 1.170 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. EFECTOS INMEDIATOS QUE LA ENTREGA DEL TÍTULO CAMBIARIO PRODUCE SOBRE LA RELACIÓN SUBYACENTE: 1. VENCIMIENTO. 2. PRESCRIPCIÓN.—III. EXCEPCIONES CAMBIARIAS OPONIBLES ANTE EL EJERCICIO DE LA OBLIGACIÓN SUBYACENTE: 1. EXCEPCIÓN DE ENTREGA DEL TÍTULO CAMBIARIO. 2. EXCEPCIÓN DE DERECHO A RETENER LA PRESTACIÓN Y A RESCATAR EL TÍTULO. 3. EXCEPCIÓN DE REALIZACIÓN DEL TÍTULO. 4. EXCEPCIÓN DE PERJUICIO O PRESCRIPCIÓN DEL TÍTULO.—IV. EFECTOS DEL TÍTULO CAMBIARIO NULO SOBRE LA RELACIÓN SUBYACENTE: 1. EFECTOS PROBATORIOS Y EN EL EJERCICIO DE LA OBLIGACIÓN SUBYACENTE. 2. POSIBLE CONVERSIÓN EN OTRO NEGOCIO JURÍDICO.

«El director general de las sociedades capitalistas. Un estudio interdisciplinar», por ÁNGEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, pág. 977.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EL DIRECTOR GENERAL DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS: A) INTRODUCCIÓN. B) NOTAS DEFINITORIAS DE ESTE COLABORADOR EMPRESARIAL. C) RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL DIRECTOR GENERAL Y LA SOCIEDAD CAPITALISTA. D) PODER DE REPRESENTACIÓN MERCANTIL: i) *Origen y formalidades*; ii) *Número de representantes y modos de ejercicio de las facultades representativas*; iii) *Ámbito del poder de representación*; iv) *Inclusión de limitaciones en el poder de representación. Oponibilidad a terceros*.

«Consecuencias de la “intromisión” de normas jurídico-públicas en la regulación del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera», por PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, pág. 1005.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—2. EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE LOS TRANSPORTES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA. DIFERENCIAS DE REGULACIÓN: 2.1. SUPUESTOS EN LOS QUE LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997 ESTABLECE SOLUCIONES JURÍDICAS DISTINTAS A LAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 2.2. SUPUESTOS EN LOS QUE LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997 RESPETA LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS «CONDICIONES GENERALES» DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997: 3.1. LAS «CONDICIONES GENERALES» DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE

MERCANCÍAS POR CARRETERA DE LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997 COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SOMETIDAS A LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL. 3.2. LAS «CONDICIONES GENERALES» DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997 COMO NORMAS INCORPORADAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—4. NORMATIVA APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE CONFLUENCIA DE RÉGIMENES JURÍDICOS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA: 4.1. LA RELACIÓN ENTRE EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES. 4.2. LA RELACIÓN ENTRE EL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL REGLAMENTO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES: 4.2.1. *Antes de la reforma introducida por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera.* 4.2.2. *Después de la reforma introducida por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera.* 4.3. LA RELACIÓN ENTRE EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997. 4.4. LA RELACIÓN ENTRE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y LA ORDEN DE 25 DE ABRIL DE 1997.—5. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 156 (Enero-Junio 2004) (sin sumario)

«La iniciación cristiana y el catecumenado», por DIONISIO BOROBIO, págs. 9-39.

«El padrino del bautismo y su recuperación jurídico-pastoral», por JOSÉ SAN JOSÉ PRISCO, págs. 41-64.

«Aspectos particulares de la celebración del bautismo», por FRANCISCO NAVARRO RUIZ, págs. 65-86.

«El ministro de la confirmación, edad y preparación debida del confirmando», por TOMÁS RINCÓN PÉREZ, págs. 87-114.

«Idoneidad y formación de los catequistas de confirmación e itinerarios formativos en España», por JUAN LUIS MARTÍN BARRIOS, págs. 115-143.

«Aspectos particulares de la celebración de la Eucaristía», por JULIO MANZANARES MARIJUÁN, págs. 145-167.

«El diálogo ecuménico y los sacramentos de la iniciación cristiana», por FERNANDO RODRÍGUEZ GARRAPUCHO, págs. 169-228.

«La Eucaristía, centro de toda la vida cristiana», por JULIÁN LÓPEZ MARTÍN, págs. 229-256.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 4 (Septiembre 2004)

«Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la Mujer y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto», por JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ANTEPROYECTO EN SU CONTEXTO.—3. LO «INTEGRAL» Y LO JUDICIAL.—4. EL ÁMBITO DE LA LEY: LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA: 4.1. VIOLENCIA, AGRESIVIDAD Y PORCENTAJES. 4.2. LA «DISCRIMINACIÓN POSITIVA». 4.3. LO INAPROPIADO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LO PENAL Y JUDICIAL.—5. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA EJERCIDA SOBRE LA MUJER: 5.1. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO. 5.2. INDEBIDA INTRODUCCIÓN DEL ELEMENTO INTENCIONAL EN LA DEFINICIÓN. 5.3. REDACCIÓN FINALMENTE ADOPTADA.—6. REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: 6.1. ANTECEDENTES Y ADVERTENCIAS. 6.2. AGRAVACIÓN, AMENAZAS Y COACCIONES LEVES. 6.3. AGRAVACIÓN DEL DELITO DE LESIONES.—7. CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: 7.1. CRÍTICA GLOBAL. 7.2. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA PENAL. 7.3. ATRIBUCIÓN POR VIS ATRACTIVA DE COMPETENCIAS CIVILES AL JUEZ DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. 7.4. DE NUEVO SOBRE EL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO. 7.5. JUICIOS RÁPIDOS, JUECES DE INSTRUCCIÓN DE GUARDIA Y JUECES DE VIOLENCIA. 7.6. LA COMPETENCIA TERRITORIAL-PENAL EN FUNCIÓN DEL DOMICILIO DE LA VÍCTIMA Y COMPETENCIA POR CONEXIÓN.—8. OTRAS CUESTIONES: 8.1. PROTOCOLOS ELABORADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 8.2. PUBLICIDAD VEJATORIA Y COMPETENCIA DEL JUEZ DE VIOLENCIA. 8.3. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL. 8.4. EL NUEVO OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

«La Ley Integral contra la Violencia de Género: una ley necesaria», por MONTERRAT COMAS D'ARGEMIR CENDRA, pág. 43.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA LEY.—III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL.—IV. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.—V. EXAMEN DEL TEXTO. ESTRUCTURA DEL PROYECTO.—VI. EXAMEN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEL TÍTULO PRELIMINAR.—VII. MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN, EDUCATIVAS Y CONTRA LA PUBLICIDAD ILICITADA.—VIII. DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA: INFORMACIÓN, ASISTENCIA JURÍDICA Y DERECHOS LABORALES.—IX. TUTELA INSTITUCIONAL. EL OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.—X. LA TUTELA PENAL. SUGERENCIAS.—XI. REINSERCIÓN SOCIAL. PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR.—XII. TUTELA JUDICIAL. CREACIÓN DE JUZGADOS ESPECIALIZADOS.—XIII. DISPOSICIONES ADICIONALES. PENSIÓN DE VIUDEDAD.

«La cuota azucarera en el Derecho comunitario», por JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁENZ, pág. 79.

SUMARIO: 1. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA AGRICULTURA, O POR QUÉ PUEDE HABLARSE DE CUOTAS Y DE DERECHOS DE PRODUCCIÓN.—2. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE UNA REALIDAD JURÍDICA MÚLTIPLE Y VARIABLE.—3. LA CUOTA AZÚCAR DE ACUERDO CON LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2003 (ASUNTO C-416/01 SOCIEDAD COOPERATIVA GENERAL AGROPECUARIA).—4. CONSECUENCIAS ESPERABLES PARA LOS AGRICULTORES DE CASTILLA Y LEÓN.—5. ARGUMENTOS SUSCEPTIBLES DE TRASLADO A OTROS DERECHOS DE PRODUCCIÓN Y A LOS LLAMADOS DERECHOS DE AYUDA.

«El secreto profesional de los periodistas y la empresa de comunicación: ¿un conflicto de lealtades?», por M.^a ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, pág. 99.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS: ENTRE LO ÉTICO Y LO JURÍDICO: 2.1. SOBRE LA NATURALEZA DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS. 2.2. LA AUTORREGULACIÓN DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA Y EL ARTÍCULO 20.1.d) CE. 2.3. LAS DIFERENTES VÍAS DE AUTORREGULACIÓN.—3. EL DEBER DE SIGILO DE LOS PERIODISTAS: EL SECRETO PROFESIONAL Y OTRAS FIGURAS CERCANAS.—4. EL SECRETO PROFESIONAL DEL PERIODISTA COMO SUJETO DE UNA RELACIÓN LABORAL: 4.1. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EL DERECHO Y DEBER DE SIGILO. 4.2. LA RELACIÓN LABORAL DEL PERIODISTA CON EL MEDIO DE COMUNICACIÓN Y EL SECRETO PROFESIONAL.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«¿Resulta posible contratar como profesor asociado a un miembro del personal de administración y servicios? Crónica de una anunciada interpretación judicial desafortunada», por JOSÉ IGNACIO RICO GÓMEZ, pág. 147.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: DESEMPEÑO DE UN SEGUNDO PUESTO DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO COMO PROFESOR UNIVERSITARIO ASOCIADO.—2. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA DE 24 DE FEBRERO DE 2004: 2.1. PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA EN RELACIÓN CON LOS HECHOS ENJUICIADOS. 2.2. POSICIONAMIENTO CRÍTICO SOBRE LA INFORTUNADA DECISIÓN JURISDICCIONAL ADOPTADA.—3. A MODO DE CONCLUSIÓN.—4. BIBLIOGRAFÍA.—5. JURISPRUDENCIA.

«La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», por VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, pág. 171.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—2. METODOLOGÍA A EMPLEAR.—3. BREVE APUNTE SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS CONVICCIONES SOCIALES IMPERANTES (Y SU ACTUALMENTE ACELERADA EVOLUCIÓN) SOBRE LAS NORMAS FAMILIARES.—4. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA GANANCIALIDAD.—5. EL FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL MOMENTO DE SU

ACOGIDA POR EL CÓDIGO CIVIL.—6. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DURANTE EL IMPERIO DEL NACIONAL-CATOLICISMO.—7. LA HISTÓRICA VOCACIÓN DE ETERNIDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—8. LA REFORMA DE 1981.—9. LA TIBIEZA DE LA OPCIÓN LEGISLATIVA POR EL RÉGIMEN DE GANANCIALES.—10. OTRO DE LOS GRANDES MALES DEL SISTEMA: LA IMPERECEDERA LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL.—11. LA DISTINTA REALIDAD SOCIOLÓGICA SOBRE LA QUE PROYECTAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: 11.1. LA DECADENCIA DEL POSTULADO DE LA PERENNIDAD MATRIMONIAL. 11.2. LA ABLACIÓN RADICAL DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD MARITAL. 11.3. LA AMORTIZACIÓN DE LA IDEA DE SOLIDARIDAD PATRIMONIAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO. 11.4. LA INJURIOSA INFERIORIDAD DE LA MUJER.—12. EL SENTIDO DE LA CONTINUIDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO MODELO ECONÓMICO-MATRIMONIAL.—13. LAS LÍNEAS DE LA NUEVA SOCIEDAD DE GANANCIALES: 13.1. EL CESE DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO RÉGIMEN LEGAL. 13.2. LA ADMINISTRACIÓN INDISTINTA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. 13.3. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD PASIVA. 13.4. LA DESAPARICIÓN DE LA CONCEPCIÓN GERMANISTA DE LA COPROPIEDAD GANANCIAL. 13.5. LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE REEMBOLSOS. 13.6. PENSIÓN COMPENSATORIA Y GANANCIALIDAD.—14. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente. Cuestiones problemáticas y solución jurisprudencial», por IGNACIO JAVIER RAFOLS PÉREZ, pág. 213.

SUMARIO: 1. LA ACCIÓN TÍPICA: 1.1. IDEA GENERAL. 1.2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR VERTIDOS CONTAMINANTES? 1.3. LAS FORMAS DE COMISIÓN. 1.4. ¿CÓMO SE PRUEBA EL VERTIDO? 1.5. ¿QUÉ VALOR TIENEN LAS MUESTRAS TOMADAS EN EL LUGAR? 1.6. ¿ESTAMOS ANTE UN DELITO CONTINUADO? LA PRESCRIPCIÓN. 1.7. ¿CUÁNDO EXISTE CLANDESTINIDAD? 1.8. Y ¿DETERIORO IRREVERSIBLE O CATASTRÓFICO?—2. EL RESULTADO: 2.1. IDEA GENERAL. 2.2. ¿CÓMO OPERA EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA? 2.3. ¿CÓMO SE VALORA LA GRAVEDAD? 2.4. ¿QUÉ REGLA ES APLICABLE A LA RELACIÓN CAUSAL?—3. EL ELEMENTO NORMATIVO: 3.1. IDEA GENERAL. 3.2. IMPORTANCIA DE LA PRECISIÓN DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS VULNERADAS. 3.3. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*. 3.4. ¿TIENE RELEVANCIA LA TOLERANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN?—4. EL SUJETO ACTIVO: 4.1. IDENTIFICACIÓN. 4.2. LA EXISTENCIA DE VERTIDOS ANTERIORES.—5. EL ELEMENTO SUBJETIVO: 5.1. IDEA GENERAL. EL DOLO EVENTUAL.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 37 (Octubre 2004)

«Seguridad jurídica y derechos individuales», por LUIS CASTAÑO GARCÍA, pág. 9.

SUMARIO: I. FUNDAMENTO Y PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL.—II. PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA: II.1. SE-

GURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD. II.2. SEGURIDAD JURÍDICA Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.—III. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS Y POLÍTICOS.

«Aspectos jurídicos del estudio de sostenibilidad y optimización del uso del agua en el acuífero del campo de Montiel», por FRANCISCO DELGADO PIQUERAS y LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, pág. 29.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.—INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL INFORME.—PARTE I: LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUA EN EL ACUÍFERO DEL CAMPO DE MONTIEL: 1. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS: 1.1. ÁMBITO SUBJETIVO Y GEOGRÁFICO. ORGANIZACIÓN COMUNITARIA. 1.2. NATURALEZA JURÍDICA. 1.3. DEFICIENCIAS EN LA TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS INSCRIPCIONES.—2. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE SOBREEXPLOTACIÓN: 2.1. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCES. 2.2. EL RACIONAMIENTO TEMPORAL DEL AGUA NO GENERA DERECHO A INDEMNIZACIÓN, PERO LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO CONSTITUYE UNA EXPROPIACIÓN. 2.3. LA NECESIDAD DE QUE LA PROVISIONALIDAD DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE PASO A UN RÉGIMEN DEFINITIVO DE EXPLOTACIÓN PARA EL ACUÍFERO DEL CAMPO DE MONTIEL.—3. MEDIDAS DE FOMENTO PARA EL AHORRO DEL AGUA EN LA AGRICULTURA: 3.1. JUSTIFICACIÓN GENERAL. 3.2. EL PROGRAMA DE COMPENSACIÓN DE RENTAS: OBJETIVOS Y ALCANCE. 3.3. INCARDINACIÓN DE LA MEDIDA EN LA NUEVA POLÍTICA AGRARIA COMÚN.—PARTE II: LA ADQUISICIÓN ADMINISTRATIVA DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PRIVADAS: 1. DESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS. 2. FUNDAMENTO LEGAL: 2.1. EN LA LEY DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL: EL PLAN ESPECIAL DEL ALTO GUADIANA. 2.2. EN LA LEY DE AGUAS: 2.2.1. *Las ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua*. 2.2.2. *Convenio de colaboración entre la Confederación Hidrográfica del Guadiana, la Junta de Castilla-La Mancha y la Comunidad de Regantes del Campo de Montiel*. 2.2.3. *Indemnización por privación de derechos de aprovechamiento de aguas*. 2.3. FINANCIACIÓN COMUNITARIA.—3. ELEMENTOS A REGULAR: 3.1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3.2. CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS DE USO DEL AGUA. 3.3. PROGRAMACIÓN. 3.4. DERECHOS ADQUIRIDOS. 3.5. REQUISITOS DE LOS BENEFICIARIOS. 3.6. CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA. 3.7. DESTINO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. 3.8. INVERSIÓN DE LA AYUDA PÚBLICA. 3.9. ADECUACIÓN DE CULTIVOS A LAS DOTACIONES DE AGUA AUTORIZADAS. 3.10. PROCEDIMIENTO: SOLICITUD, TRAMITACIÓN Y TERMINACIÓN CONVENCIONAL. 3.11. FORMALIZACIÓN MEDIANTE CONTRATO. 3.12. ANOTACIÓN Y REGISTRO. 3.13. CONTROL E INSPECCIÓN. 3.14. SANCIONES. 3.15. FINANCIACIÓN. 3.16. PUBLICIDAD. 3.17. AUTORIZACIÓN REGLAMENTARIA.

«Historia de la administración pública y de sus servidores en México», por MARÍA AURORA LACAVEX BERUMEN, pág. 63 (sin sumario).

«La violación de secretos y el abuso de información reservada por parte de funcionario público. Enfoque histórico», por MANUEL MORALEDA MARTÍN-PEÑATO, pág. 105 (sin sumario).

«Las mesas de contratación», por ANTONIO J. NAVARRO ESPEJO, pág. 125.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO:

a) INEXISTENCIA DE REGULACIÓN COMUNITARIA; b) PRECEPTOS DE CARÁCTER NO BÁSICO; c) RÉGIMEN JURÍDICO; d) INTERVENCIÓN PRECEPTIVA O POTESTATIVA; e) ÓRGANO COLEGIADO, DE ASISTENCIA Y TÉCNICO.—III. COMPOSICIÓN: 1. POR LA ADMINISTRACIÓN A LA QUE PERTENECE: A) *Administración del Estado: Presidente. Vocales. Secretario.* B) *Comunidades Autónomas.* C) *Administración Local.* 2. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN. 3. INVALIDEZ POR DEFECTOS EN EL QUÓRUM ASISTENCIAL.—IV. FUNCIONES: a) *Presentación de la documentación: requisitos de forma, lugar y tiempo;* b) *Prohibición de proposiciones simultáneas. Variantes;* c) *Apertura de la documentación, subsanación y calificación previa;* d) *Valoración de los criterios de selección de las empresas;* e) *Pronunciamiento sobre las empresas admitidas. Fases: 1. Calificación previa de documentos.* 2. APERTURA DE PROPOSICIONES (SUBASTA Y CONCURSO). 3. PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN: a) *Solicitud de informes potestativos y no vinculantes;* b) *No generadora de derechos;* c) *Requisito de validez;* d) *No vinculante para el órgano de contratación;* e) *Acto de trámite;* f) *Plazos para la adjudicación.*

«La tímida modernización del Gobierno Local: Comentario de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local», por OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ, pág. 195.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL.—2. LAS REFORMAS DE LAS ENTIDADES LOCALES «DE RÉGIMEN COMÚN»: 2.1. LAS REFORMAS PUNTUALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENTES LOCALES. 2.2. LAS ESCASAS REFORMAS DEL MODELO ORGANIZATIVO. 2.3. LA INTRODUCCIÓN DE LOS CONCEJALES «NO ADSCRITOS».—3. LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES POR LAS ENTIDADES LOCALES: EL NUEVO TÍTULO XI LRBRL.—4. EL INSUFICIENTE IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.—5. EL RÉGIMEN ORGÁNICO DE LAS «GRANDES CIUDADES»: EL NUEVO TÍTULO X LRBRL: 5.1. Los ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LAS «GRANDES CIUDADES». 5.2. LA POLÉMICA DEFINICIÓN DE LAS «GRANDES CIUDADES». 5.3. LA DISTINCIÓN ENTRE «ÓRGANOS SUPERIORES» Y «ÓRGANOS DIRECTIVOS». 5.4. EL PLENO DE LAS GRANDES CIUDADES. 5.5. LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL. 5.6. ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS VECINOS.—6. CONCLUSIONES.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2004)

«Los principios de la reforma concursal», por MANUEL OLIVENCIA, pág. 975.

SUMARIO: I. LA REFORMA CONCURSAL, OBJETO DE LA NUEVA LEGISLACIÓN: 1. LAS LEYES DE 9 DE JULIO DE 2003. 2. SENTIDO Y GRADO DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS. EL PRECEDENTE DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. 3. EL MOVIMIENTO DE REFORMA.—II. EL SENTIDO DE LA REFORMA CON-

CURSAL: 1. ETIOLOGÍA Y DIAGNÓSTICO DEL DERECHO ANTERIOR. 2. LOS FINES DE POLÍTICA LEGISLATIVA: A) *La modernización*. B) *La unidad*.—III. LA ASPIRACIÓN A UN SISTEMA CONCURSAL: 1. LA PREOCUPACIÓN DEL LEGISLADOR. 2. LA IDEA DE SISTEMA SECTORIAL. 3. LA IDEA DE PRINCIPIO.—IV. ENSAYO DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO-CONCURSAL SOBRE PRINCIPIOS PROPIOS.

«El presupuesto objetivo del concurso», por FERNANDO CERDÁ ALBERO, pág. 989.

SUMARIO: I. LA INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO. 1. EL ESTADO DE INSOLVENCIA: a) EL CONCEPTO UNITARIO Y FLEXIBLE DE INSOLVENCIA; b) LA INCAPACIDAD DE CUMPLIR; c) LA REGULARIDAD DEL CUMPLIMIENTO; d) LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES. 2. OPERATIVIDAD PRÁCTICA DE LA NOCIÓN LEGAL DE INSOLVENCIA.—II. INSOLVENCIA Y CONCURSO VOLUNTARIO: 1. FINALIDAD PARA EL DEUDOR DE ACOGERSE VOLUNTARIAMENTE AL CONCURSO. 2. ENDEUDAMIENTO E INSOLVENCIA. 3. INSOLVENCIA ACTUAL E INSOLVENCIA INMINENTE: LA REGULARIDAD Y LA PUNTUALIDAD DEL CUMPLIMIENTO.—III. INSOLVENCIA Y CONCURSO NECESARIO. 1. FINALIDADES QUE CUMPLE LA INSOLVENCIA EN EL CONCURSO NECESARIO. 2. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE CONCURSO NECESARIO: a) *Ejecuciones individuales infructuosas*: i) Título de despacho de ejecución; ii) Título de despacho de apremio. b) *Hechos reveladores de la insolvencia: su función en el sistema del concurso*. 3. ANÁLISIS DE LOS HECHOS REVELADORES DE LA INSOLVENCIA: a) *Sobreseimiento general en los pagos*; b) *Embargos por ejecuciones pendientes*; c) *Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa*; d) *Sobreseimientos generales sectoriales*. 4. OPOSICIÓN DEL DEUDOR A LA SOLICITUD DE CONCURSO NECESARIO: EN ESPECIAL, LA PRUEBA DE SU SOLVENCIA.—IV. SUPUESTOS ESPECIALES: 1. SOCIEDADES DE CAPITAL: LA PÉRDIDA PATRIMONIAL GRAVE DETERMINANTE DE LA INSOLVENCIA. 2. INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO EN EL RÉGIMEN TRANSITORIO. 3. CONCURSO DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN. 4. CONCURSO DE ENTIDADES ASEGURADORAS.

«Los Juzgados de lo Mercantil», por JOAN PICÓ I JUNOY, pág. 1017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA NECESIDAD DE SU CREACIÓN: 1. ARGUMENTOS A FAVOR DE SU CREACIÓN. 2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE SU CREACIÓN.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL.—IV. CONCLUSIONES.—V. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La Administración concursal», por JOSÉ MACHADO PLAZAS, pág. 1031.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL CONCURSO.—II. NOMBRAMIENTO, ACEPTACIÓN Y PUBLICIDAD DEL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL.—III. EL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA OSTENTAR EL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL.—IV. LA CUESTIÓN DE LA RECUSACIÓN Y DE LA SEPARACIÓN DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL.—V. LOS AUXILIARES DELEGADOS.—VI. LA RE-

TRIBUCIÓN DEL CARGO DE ADMINISTRADOR CONCURSAL.—VII. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO ÓRGANO COLEGIADO: FUNCIONES Y MODO DE ACTUACIÓN.—VIII. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.—IX. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.—X. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

«El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», por DANIEL VÁZQUEZ ALBERT, pág. 1055.

SUMARIO: 1. LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—2. LA TENDENCIA A INCREMENTAR LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.—3. EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL: 3.1. NATURALEZA Y PRESUPUESTOS. 3.2. SUJETOS RESPONSABLES. 3.3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. 3.4. EMBARGO.—4. LA COORDINACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y LA SOCIETARIA: 4.1. CRITERIOS DE COORDINACIÓN. 4.2. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: a) *Acción social*; b) *Acción individual*. 4.3. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS: a) *¿Cumplimiento alternativo de los administradores?*; b) *Responsabilidad por incumplimiento del deber de instar el concurso*; c) *Coordinación entre responsabilidad concursal y por deudas*; d) *Algunas diferencias en el régimen de sociedades anónimas y limitadas*.—5. CONCLUSIÓN.—SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.

«El concurso del deudor persona física», por ENCARNA ROCA, pág. 1077.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL MARCO GENERAL DEL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA.—II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LA PERSONA DEL DEUDOR: A) LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL DEUDOR. B) LA CAPACIDAD DEL DEUDOR CONCURSADO. C) LOS ALIMENTOS.—III. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES DE ADMINISTRAR Y DISPONER DEL DEUDOR: A) LA DIFERENCIA ENTRE CONCURSO VOLUNTARIO Y CONCURSO NECESARIO PARA FIJAR EL ÁMBITO DE LAS FACULTADES DE ADMINISTRAR Y DISPONER DEL DEUDOR. B) EL TRATAMIENTO DE LAS FACULTADES DE ADMINISTRAR Y DISPONER EN LAS SOLUCIONES DE LA SITUACIÓN CONCURSAL. C) LA INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL DEUDOR DURANTE EL PERIODO DE TRAMITACIÓN DEL CONCURSO.—IV. EL DEUDOR CASADO: A) CAMBIO DE RÉGIMEN ANTERIOR A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. B) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: 1.º EFECTOS DEL CONCURSO EN LOS RÉGIMENES DE COMUNIDAD. 2.º CONCURSO Y RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. C) LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN CATALUÑA.

«La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena», por BARTOLOMÉ RÍOS SALMERÓN, pág. 1099.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL Y LAS INQUIETUDES DEL TRABAJADOR. 2. DERECHO CONCURSAL Y DERECHO DEL TRABAJO. 3. SISTEMA

DE LA EXPOSICIÓN.—II. LA COMPETENCIA LABORAL DEL JUEZ MERCANTIL: 1. IDEA GENERAL: EL ARTÍCULO 86 TER DE LA LO COMO NORMA DE PARTIDA. 2. LOS PRECEPTOS DE DESARROLLO. 3. EJECUCIÓN SOCIAL Y CUESTIONES INCIDENTALES (LPL, ART. 236, CON OTROS CONCORDANTES). 4. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL CONCURSO: ARTÍCULO 9.—III. EL CONCURSO Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO: 1. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA EMPRESA. 2. ARTÍCULO 64: EL EXPEDIENTE «JUDICIAL» DE REGULACIÓN DE EMPLEO: SIGNIFICADO. 3. PRINCIPALES ASPECTOS DEL ARTÍCULO 64 LC.—IV. LAS PRIORIDADES DEL CRÉDITO LABORAL. 1. LA SISTEMÁTICA LEGAL: TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES. 2. LA SUPERVIVENCIA DEL VIEJO SISTEMA: ARTÍCULO 32 ET. 3. EL SISTEMA DE PRIORIDADES LABORALES EN LA LC. 4. PRIORIDADES CREDITICIAS Y CUESTIONES PROCESALES.

«Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», por IGNACIO SANCHO GARGALLO, pág. 1121.

SUMARIO: I. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA DEL CONCURSO. 1. NECESIDAD Y FORMAS DE LLEVAR A CABO LA REINTEGRACIÓN DEL CONCURSO: a) *Justificación de las operaciones de reintegración*; b) *Sistemas de reintegración*. 2. EL SISTEMA DE REINTEGRACIÓN DE LA LEY CONCURSAL: LA RESCISIÓN CONCURSAL: a) *Acción propia del concurso*; b) *Naturaleza rescisoria*; c) *Fundamento objetivo: el perjuicio*; d) *Período sospechoso*; e) *Compatibilidad de la rescisión concursal con otras acciones impugnatorias extraconcursales*.—II. LA PRUEBA DEL PERJUICIO EN LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL: 1. REGLA GENERAL: NECESIDAD DE PROBAR EL PERJUICIO: a) *Enajenaciones y gravámenes a título gratuito*; b) *Contratos o negocios onerosos*; c) *Capitulaciones matrimoniales*; d) *Disposición de bienes en un convenio regulador de medidas aprobado judicialmente*; e) *Pagos*; f) *Supuesto especial del pago por compensación*; g) *Resolución de un contrato de alta dirección y abono de la indemnización*. 2. PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE* DE PERJUICIO: a) «*Actos a título gratuito, salvo liberalidades de uso*»; b) «*Pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso*». 3. PRESUNCIONES DE PERJUICIO *IURIS TANTUM*: a) «*Actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*»; b) «*Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*».—III. EFECTOS DE LA RESCISIÓN CONCURSAL: 1. SOBRE EL ACTO OBJETO DE RESCISIÓN: a) *Ineficacia del acto rescindido*; b) *Cancelaciones registrales*. 2. EFECTOS DEL ACTO PARA LAS PARTES: a) *Restitución recíproca y simultánea de las prestaciones*; b) *Naturaleza del crédito de la contraparte*; c) *Imposibilidad de reintegración a la masa: entrega del equivalente*; d) *Mala fe del contratante*. 3. EFECTOS PARA TERCEROS ADQUIRENTES O SUBADQUIRENTES: a) *Nocción de tercero adquirente*; b) *Necesidad de que haya sido demandado y condenado*; c) *Oposición del tercero subadquirente*; d) *Efectos de la rescisión para el tercero*.

«La masa pasiva: prelación de créditos y privilegios», por SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, pág. 1153.

SUMARIO: I. LA INNOVACIÓN DE LA MATERIA.—II. LA FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA: A) EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD. B) LA COMUNICACIÓN DE

LOS CRÉDITOS.—III. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA.—IV. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES: A) LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL. B) LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL. C) LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS.

«La legitimación para presentar propuesta de convenio», por ÁNGEL ROJO, pág. 1173.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO: 1. LA LEGITIMACIÓN EXCLUSIVA DEL DEUDOR. 2. LA ADHESIÓN DE MÁS DEL 20 POR 100 DEL PASIVO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE ADMISIBILIDAD DE LA PROPUESTA: 2.1. *La delimitación subjetiva: acreedores ordinarios y acreedores privilegiados.* 2.2. *La delimitación objetiva: el porcentaje.* 3. EL PERÍODO DE PRESENTACIÓN: 3.1. *El término inicial.* 3.2. *El término final.*—III. LA PRESENTACIÓN EN LA FASE COMÚN DE PROPUESTA NO ANTICIPADA DE CONVENIO: 1. EL PRIMER PERÍODO DE PRESENTACIÓN. 2. LA DOBLE LEGITIMACIÓN: 2.1. *La legitimación del concursado:* 2.1.1. La legitimación. 2.1.2. Los presupuestos negativos. 2.2. *La legitimación de los acreedores.*—IV. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA EN LA SEGUNDA FASE: 1. EL SEGUNDO PERÍODO DE PRESENTACIÓN. 2. LOS PRESUPUESTOS NEGATIVOS.

«La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores», por EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 1197.

SUMARIO: I. EL CONVENIO Y LA LIQUIDACIÓN COMO SOLUCIONES DEL CONCURSO DE ACREEDORES: 1. LA UNIDAD DEL NUEVO DERECHO CONCURSAL. 2. LA DOBLE SOLUCIÓN: CONVENIO Y LIQUIDACIÓN.—II. LA CONVERSIÓN DE LA FASE DE CONVENIO EN FASE DE LIQUIDACIÓN: 1. LOS SUPUESTOS DE CONVERSIÓN: A) *Atendiendo al procedimiento de la conversión.* B) *Atendiendo a los efectos de la conversión.* 2. LOS EFECTOS DE LA CONVERSIÓN: A) *Los efectos sobre el concursado.* B) *Los efectos sobre la administración concursal.* C) *Los efectos sobre los créditos concursales.* D) *Los efectos sobre los créditos contra la masa.* E) *Las acciones de reintegración de la masa activa.* F) *La formación o la continuación de la sección de calificación.*

«La calificación del concurso», por AGUSTÍN FERRER BARRIENTOS, pág. 1215.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. CONCEPTO.—3. CAUSAS DE APERTURA DE LA PIEZA DE CALIFICACIÓN.—4. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL: 4.1. LA INHABILITACIÓN. 4.2. PÉRDIDA DE DERECHOS CONTRA LA MASA. DEVOLUCIÓN Y DAÑOS Y PERJUICIOS. 4.3. LA ACCIÓN DE COMPLEMENTO DE PASIVO.—5. PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN CONCURSAL: 5.1. EL CIRCUNLOQUIO LEGAL SOBRE LOS AUTORES. 5.2. CÓMPICES.—6. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN: 6.1. CLASIFICACIÓN DEL CONCURSO: CONCURSO FORTUITO. 6.2. CONCURSO CULPABLE: 6.2.1. *Concepto general.* 6.2.2. *Los ilícitos concursales.* 6.2.3. *Las presunciones de dolo o culpa grave.*—7. EL PROCEDIMIENTO: 7.1. EVENTUALES ESCRITOS PREVIOS A LA DEMANDA. 7.2. LA CUESTIÓN DE LA INTERVENCIÓN

VOLUNTARIA DE LOS ACREEDORES. 7.3. LA DEMANDA DE CALIFICACIÓN. 7.4. CONTESTACIÓN. 7.5. CONTINUACIÓN Y RECURSOS. REGISTRO ESPECIAL.

«El incidente concursal», por JAUME ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, pág. 1237.

SUMARIO: I. EL INCIDENTE CONCURSAL REGULADO EN LA NUEVA LEY CONCURSAL: 1. EL INCIDENTE CONCURSAL REGULADO EN LA NUEVA LEY CONCURSAL: NATURALEZA JURÍDICA, OPORTUNIDAD Y REGULACIÓN LEGAL. 2. ÁMBITO: CUESTIONES QUE DEBEN RESOLVERSE A TRAVÉS DEL CAUCE PROCESAL DEL INCIDENTE CONCURSAL. 3. ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DEL CAUCE DEL INCIDENTE CONCURSAL A LOS PROCESOS ACUMULADOS AL CONCURSO. 4. INIDONEIDAD DEL INCIDENTE CONCURSAL PARA SOLICITAR O IMPUGNAR ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. 5. CARÁCTER NO SUSPENSIVO DEL INCIDENTE CONCURSAL.—II. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL: 1. LAS PARTES EN EL INCIDENTE CONCURSAL. 2. EVENTUAL PLURALIDAD DE DEMANDAS CON PRETENSIONES NO COINCIDENTES EN UN MISMO INCIDENTE CONCURSAL. 3. RÉGIMEN DE POSTULACIÓN DE LOS DIFERENTES SUJETOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL INCIDENTE CONCURSAL: 3.1. *El deudor*. 3.2. *La administración concursal*. 3.3. *Los acreedores*. 3.4. *Los trabajadores*. 3.5. *El Fondo de Garantía Salarial*. 3.6. *El Ministerio Fiscal*. 3.7. *Otros posibles sujetos intervinientes en el incidente concursal*.—III. PROCEDIMIENTO: 1. PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE CONCURSAL ORDINARIO: 1.1. *Demanda*. 1.2. *Eventual inadmisión a trámite*. 1.3. *Admisión a trámite*. 1.4. *Contestación a la demanda*. 1.5. *Juicio verbal*. 2. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ACOMODACIÓN AL INCIDENTE CONCURSAL DE LOS PROCESOS ACUMULADOS YA INICIADOS. 3. LA SENTENCIA DEL INCIDENTE CONCURSAL.—IV. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL INCIDENTE CONCURSAL: 1. RECURSO DE REPOSICIÓN. 2. RECURSO DE APELACIÓN DIFERIDO. 3. RECURSO DE APELACIÓN DIRECTO. 4. RECURSO DE CASACIÓN Y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.—V. EL INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIA LABORAL: 1. CUESTIONES QUE PUEDEN VENTILARSE A TRAVÉS DEL INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIA LABORAL. 2. PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL. 3. RECURSOS.

«Las normas de Derecho Internacional Privado de la Ley Concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, pág. 1269.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REFERENTE NORMATIVO: EL REGLAMENTO COMUNITARIO DE INSOLVENCIA: 1. «DOS TEXTOS, UN ÚNICO MODELO REGULATIVO». 2. SALVAGUARDIAS.—III. MODELO DE «UNIVERSALISMO MITIGADO».—IV. SISTEMÁTICA DE LA LEY CONCURSAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROCEDIMIENTO PRINCIPAL ABIERTO EN ESPAÑA: COMPETENCIA Y ALCANCE. 3. LEY APLICABLE: 3.1. *Regla de base: la aplicación de la ley española*. 3.2. *Excepciones*. 3.3. *La «doble función de las excepciones»*. 4. PROCEDIMIENTO TERRITORIAL ABIERTO EN ESPAÑA: 4.1. *Criterio de competencia*. 4.2. *Funciones de los procedimientos territoriales*. 4.3. *Alcance de los procedimientos territoriales*. 5. PROCEDIMIENTO PRINCIPAL ABIERTO EN EL EXTRANJERO: 5.1. *Introducción: esquema general*. 5.2. *Reconocimiento de la resolución de apertura*. 5.3. *Procedimiento*. 5.4. *Efectos del reconocimiento*. 6. PROCEDIMIENTO TERRITORIAL ABIERTO EN EL EXTRANJERO. 7. REGLAS DE COORDINACIÓN.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 2 (2004)

«Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international», por MARCEL FONTAINE, pág. 253.

«The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa - Reflections on the OHADA Project from the Perspective of a Common Lawyer from West Africa», por SAMUEL KOFI DATE-BAH, pág. 269.

«La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale», por ALEXIS MOURRE y EMMANUEL JOLIVET, pág. 275.

«Le contrat-type pour les joint Ventures contractuelles du Centre du Commerce International au regard des Principes d'UNIDROIT et d'autres normes d'unification du droit des contrats», por JEAN-PAUL VULLIETY, pág. 295.

«Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table», por MICHAEL JOACHIM BONELL y ROBERTA PELEGGI, pág. 315.