

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIX • Septiembre-Octubre 2003 • Núm. 679

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Ángel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

«El sujeto beneficiario de protección registral», por JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE	2583
«El Fuero del Baylío: su pervivencia y contenido en parte de Extremadura», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA	2655
«Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», por FERNANDO CURIEL LORENTE	2699
«El Registro Mercantil. Una consideración de sus principios», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	2741

DICTÁMENES Y NOTAS

«La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil: criterios de reforma», por JUAN CARLOS GONZÁLEZ NIETO ...	2801
«Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	2817
«Tributación de la igualación de rango», por JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ	2841
«La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», por MONTSERRAT PEREÑA VICENTE	2855

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Eficacia jurídica de los documentos públicos notariales (Interpretación integradora de los arts. 1218 del Código Civil, 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17 bis de la Ley del Notariado y 98 de la Ley 24/2001)», por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS	2879
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	2917
--	------

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

I. RESOLUCIONES

I.1. Civil:

Derechos Reales:

Hipoteca. Ampliación de préstamo hipotecario. Novación, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2947
Hipoteca. Pacto de igualdad de rango. Necesidad del consen- timiento expreso del acreedor hipotecario, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2957
Propiedad horizontal. Desafectación de elemento común y compraventa, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2960

I.2. Mercantil:

Nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil a ins- tancia de un socio de sociedad limitada, por MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ	2962
--	------

I.3. Urbanismo: Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Aso- ciados.

Inscripción de declaración de obra nueva sin licencia, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN	2969
---	------

II. SENTENCIAS

II.1. Civil:

Parte general, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

— Derecho al honor. Caducidad de la acción por intromi- sión ilegítima	2977
— Derecho a la intimidad y a la imagen. <i>Quantum</i> indem- nizatorio	2978
— Derecho al honor. Las expresiones vejatorias atentan al honor	2978
— Derecho al honor. Información inveraz atentatoria contra el derecho al honor	2979

Obligaciones, por ISABEL MORATILLA GALÁN

— Resolución de contrato de venta a plazos de bienes mue- bles	2980
— Acción de cumplimiento de contrato de compraventa	2980
— Naturaleza del procedimiento de tercería	2981
— Arrendamiento de obra	2982

	<i>Págs.</i>
— Contrato de mandato	2984
— Incumplimiento contractual por el Estado	2985
— Responsabilidad ex artículo 1591 del Código Civil	2986
— Enriquecimiento injusto	2987
— Compraventa: Supuesta inhabilidad del objeto	2988

Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos:

— Nulidad de arrendamiento	2989
— Revisión de la renta pactada en arrendamiento rústico	2989
— Derecho de retracto. No existencia	2990
— Derecho de retracto del aparcero	2990
— Carácter vitalicio del arrendamiento rústico	2991
— Resolución de arrendamiento por cesión del mismo	2991
— Falta de legitimación pasiva	2992

Arrendamientos urbanos:

— Nulidad de arrendamiento por simulación fraudulenta	2992
— Resolución por incumplimiento	2993
— Inadecuación del local arrendado para la finalidad prevista en el contrato	2993
— Resolución de contrato de promesa de arrendamiento	2994
— Resolución anticipada de arrendamiento de locales de negocio	2994
— Renuncia de los derechos del inquilino	2995
— Novación. No existencia	2995
— No basta la condición de arrendatario para ejercitar el retracto	2996
— Se extingue el contrato por conclusión del plazo pactado.	2996

Sucesiones, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

— Partición de herencia. Nulidad	2997
--	------

Responsabilidad Civil:

— Responsabilidad extracontractual: obligación de reparar el daño, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	2998
— Cómputo de la prestación de la acción, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	2999

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	3003
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

I. BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTIL Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA	3025
II. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:	
«La conclusión del contrato y los deberes de información en el Derecho Privado comunitario (Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire)», de REINER SCHULZE, MARTÍN EBERS y HANS CHRISTOPH GRIGOLAIT, por ESTHER ARROYO I AMAYUELAS	3026
«La garantía de los valores hipotecarios», de SERGIO NASARRE AZNAR, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	3041
«El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica», de PETER G. STEIN, por M. ^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS	3043
«Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencial)», de M. ^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, por ISAAC TENA PIAZUELO	3046
REVISTA DE REVISTAS	3051

ESTUDIOS

El sujeto beneficiario de la protección registral (Propuesta de interpretación armónica de los arts. 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria)

SUMARIO: CAPÍTULO I: ACERCAMIENTO INICIAL: a) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; b) PRESENTACIÓN INICIAL DE LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34; c) PRESENTACIÓN DE SUS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS; d) PROPÓSITO DEL ESTUDIO.—CAPÍTULO II: IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES IMPLICADAS: a) RELACIONES CONFLICTIVAS ENTRE LOS TRES ARTÍCULOS; b) IDENTIFICACIÓN DE LAS TRES CUESTIONES QUE SUBYACEN EN LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34 LH.—CAPÍTULO III: SIGNIFICADO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 33 LH: a) EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY HIPOTECARIA; b) ALCANCE DEL CONCEPTO, ACTO O CONTRATO NULO EN EL MENCIONADO ARTÍCULO; c) INSCRIBIBILIDAD DE LOS NEGOCIOS NULOS; d) EL ACTO NULO DEL ARTÍCULO 33 LH Y LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO; e) REDUCCIÓN DE LA EFICACIA DEL PRECEPTO A LAS PARTES QUE CELEBRARON EL NEGOCIO NULO; f) EFICACIA DEL NEGOCIO NULO INSCRITO.—CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DEL TERCERO I, MEJOR, DEL BENEFICIARIO DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL: a) PLANTEAMIENTO TRADICIONAL ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL TERCER HIPOTECARIO; b) LAS TESIS DUALISTA Y MONISTA; c) VALORACIÓN CRÍTICA DEL ALCANCE O IMPORTANCIA DE LA POLÉMICA ANTERIOR; d) POSTURA PERSONAL SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA POLÉMICA Y EL ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA; e) CONCLUSIÓN.—CAPÍTULO V: EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO ADQUISITIVO EN LA PROTECCIÓN REGISTRAL: a) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO; b) EXPLICACIÓN TÉCNICA DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR EL MENCIONADO REQUISITO; c) APLICACIÓN DEL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO, SEGÚN LA PROPUESTA PERSONAL DE INTERPRETACIÓN ANTES EXPLICADA, A LOS PRINCIPALES GRUPOS POLÉMICOS DE ASUNTOS: 1. *La llamada doble venta*. 2. *Los negocios del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra*. 3. *Embargo anotado y actos dispositivos no inscritos*.—CAPÍTULO VI: RECAPITULACIÓN FINAL Y VERIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO: a) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY HIPOTECARIA; b) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA; c) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA; d) REPASO FINAL.—BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

CAPÍTULO I. ACERCAMIENTO INICIAL

a) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es indudable que la determinación del ámbito de la protección que a unos y a otros proporciona el principio de la fe pública registral es asunto de la mayor trascendencia en cualquier sistema inmobiliario registral pues, en fin de cuentas, proporcionar esa protección es uno de los fines institucionales básicos del Registro de la Propiedad.

En nuestro sistema registral, la fijación de los contornos del ámbito subjetivo de la tutela del Registro ha de lograrse a través de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, aun cuando es verdad que pueden citarse otros artículos también encaminados a esa determinación personal de la extensión de la fe pública registral. Sin embargo, estos otros preceptos (1) dependen en su interpretación de la que se dé a los tres fundamentales que son los primeramente citados.

El objeto del presente trabajo es intentar una interpretación armónica de esos tres preceptos, llamados a fijar la extensión de la fe pública en su aspecto subjetivo. Dejamos fuera de nuestra atención el problema del alcance que la fe pública pudiera tener sobre las circunstancias de mero hecho, relativas a las características físicas y económicas de las fincas.

La tarea no es sencilla; y no pretendemos sino participar en ella: aportar algunas reflexiones que pudieran acaso servir para aclarar aquellas normas que, aun cuando una lectura aislada de cada una pudiera dar la impresión de contener una disposición clara o segura, es lo cierto que cuando se leen conjuntamente empiezan a suscitar dudas y vacilaciones. Pero no es nuestra opinión. Basta con la consulta de las opiniones de los autores o de los repertorios de jurisprudencia para confirmar aquella valoración inicial: no es pacífica la interpretación que deba darse a los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, con la consecuencia importante de que, según se imponga una u otra interpretación, un adquirente concreto de un derecho real inmobiliario se verá ratificado en su adquisición o la perderá.

b) PRESENTACIÓN INICIAL DE LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34

Acerquémonos superficialmente a los preceptos.

El artículo 32 ordena: *«Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el*

(1) Vid. artículos 13, 15, 69, 76, 144; 40; y 31, 220 y 37 de la Ley Hipotecaria, según la cita de ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 418.

Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Parece claro que se recoge en este precepto el principio de la llamada inoponibilidad de los títulos no inscritos. El titular de un derecho real inmobiliario no inscrito o anotado, no puede hacerlo valer frente al que adquirió otro titular, incompatible con el del primero, y que resultó inscrito en el Registro.

La doctrina pone de manifiesto que este efecto de inoponibilidad resulta ser la primera función atribuida a la protección registral en los sistemas latinos o de transcripción: si existe Registro, lo primero que ocurre es que quien no cuenta con él sufre las consecuencias perjudiciales de su desatención u omisión. No tienen que producirse necesariamente esos efectos perjudiciales, pero se presentarán siempre que en el mundo extrarregistral haya acontecido un negocio jurídico posterior respecto al no inscrito e incompatible con él. El Ordenamiento tiene que optar por mantener una u otra adquisición, y opta por la de quien contó con el Registro, aun cuando sea postrera e ineficaz según el Derecho sustantivo.

Pero en seguida los redactores de la Ley advirtieron el peligro que entrañaba aquel precepto si, por maniobras arteras y torticeras, ingresaban en el Registro no ya títulos nulos sino incluso falsos, elaborados de propósito para procurarse la indemnidad que facilitaba el Registro frente al verdadero titular, pero que había descuidado o retrasado la inscripción de su título. Para conjurar el peligro, la Comisión redactora incluyó el artículo 33: *«La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»*.

La lectura de esta segunda norma ha llevado a pensar que el legislador, tras sentar el principio general de la inoponibilidad de lo no inscrito, a renglón seguido, introduce una excepción: quien no inscribió pero prueba que el negocio inscrito es nulo, puede oponer victoriosamente su título frente al título inscrito pero ineficaz, por nulo, de su contrincante. El Registro no purifica los vicios del negocio. Éste queda registrado en el mismo estado de sanidad o enfermedad con que se produjo fuera del Registro. En resumidas cuentas, la Ley Hipotecaria no pretendía alterar sustancialmente el régimen del Derecho Civil, según el cual el acto nulo es insanable.

Pero todavía nos queda el siguiente artículo.

La Comisión se percató de que la aplicación, en toda su amplitud, del artículo 33 dejaba al tercer adquirente de un titular registral sin seguridad alguna. Había adquirido confiado en esa titularidad registral, pero ésta podría derrumbarse en cualquier momento, si se demostraba la nulidad del negocio que la originó, y ese derrumbamiento acarrearía el de su adquisición, a pesar de no haber sido parte en el negocio ahora anulado. Una Ley Hipotecaria no podía dejar sin amparo al tercero que adquiriría confiado en el Registro. Para proporcionarlo, se añadió un artículo 34 a la Ley de 1861 que decía así: *«No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se*

ejecuten y otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito».

De nuevo la Ley juega con el binomio principio general-excepción. El artículo 34 se presenta como excepción al artículo 33: el rigor del Derecho sustantivo ha de ceder en favor del tercero. Aunque, en puridad, la nulidad de un título es insanable y acarrea la de los actos y negocios que traen causa del primero anulado, el tercero no se ve afectado por esa cadena de anulaciones y no verá «invalidado» su título, si concurren los requisitos establecidos en este artículo.

Como es sabido, este precepto ha sufrido varias alteraciones en su redacción, pero que se consideran modificaciones todas en la misma línea: mejora la defensa y protección del tercero. Intensificación progresiva de su primitivo significado. Así, hasta la presente redacción que es como sigue:

«El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

Esta articulación de los tres preceptos, según el esquema lógico de la regla-excepción, y que nosotros aceptamos inicialmente al comenzar nuestro estudio, puede leerse como explicación, en efecto, de la concatenación de los tres artículos en la STS de 22 de abril de 1994 (A.N.º 3083):

«...Ahora bien, si esos títulos se inscriben, se beneficiarían de esa tutela registral salvo que los mismos —o su antecedente negocial: actos o contratos— fuesen nulos con arreglo a las Leyes, pues entonces el repetido artículo 33 declara que la inscripción no los convalida, por lo que la doctrina más usual o impresa afirma que “este artículo 33 es una excepción del artículo 32”, o más bien, que el artículo 33 bloquea el acceso registral de los títulos que ya sean nulos... Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de este tercero, y sí sólo al de su “otorgante” o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela “ex artículo 34 deviene inconcusa, porque frente a la general prescripción de este artículo 33 prevalece la regla del 34”, y por

ello también la doctrina más conocida habla de que “este artículo 33 tiene como excepción el artículo 34 respecto al subadquirente...”».

c) PRESENTACIÓN DE SUS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS

Hasta aquí una primera comprensión de estos preceptos, que parece convincente. Pero a poco que profundicemos, a través del conocimiento de casos concretos, esto es, supuestos litigiosos que han llegado a los Tribunales, descubriremos que la compatibilización de los tres preceptos se hace problemática. La aplicación que el Tribunal Supremo hace de aquéllos nos desconcierta, en mayor o menor medida. Vamos a ver algunos ejemplos que nos confirman en la conveniencia de seguir trabajando por lograr una interpretación más coherente y armónica de unas normas que, hoy por hoy, arrojan unos resultados en su aplicación que pueden sorprendernos, y si es así, eso significa que no quedan satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica.

Empecemos con el primer binomio, artículos 32 y 33.

Hemos dicho que la inscripción arguye la oponibilidad del título inscrito frente al no inscrito o, si se prefiere, en su versión negativa, que es la legal, que el título anterior no inscrito no puede prevalecer frente al posterior inscrito. Así ordena el artículo 32.

Siendo así las cosas, se entiende que el supuesto tópico de la doble venta se resuelva en favor del segundo adquirente que inscribió frente al primer comprador que omitió esta formalidad.

Así, en la STS de 16 de febrero de 1981 (A.N.º 528), la Sala descarta que el principio «*“prior tempore potior est iure” en su pura forma sustantiva civil, de origen romanista*» pueda resolver el conflicto entre un contrato privado de compraventa, de 1970, elevado a documento público en 1974, y un auto judicial de adjudicación posterior en unos meses al mencionado documento público. En tales supuestos, afirma el TS, «*entra en juego el mecanismo registral característico del sistema inmobiliario español, donde la prioridad es preciso ponerla en relación con el Registro de la Propiedad al modo como se establece en el artículo 17 de la LH, pero sobre todo en el artículo 1473 del Código Civil, que determina el alcance del auténtico principio de prioridad...*» Es chocante que no se invoque el artículo 32, pero es claro que la solución es plenamente conforme con lo ordenado en este artículo.

El mismo criterio de negar la posibilidad de impugnar un título inscrito posterior sobre la base de un título anterior no inscrito se sigue en las sentencias del TS de 10 de marzo de 1990 (A.N.º 1685) y 7 de febrero de 1997 (A.N.º 663). Y sigue resultando chocante que no se invoque el artículo 32 de la Ley Hipotecaria que es, sin duda, el precepto que mejor se acomoda al supuesto enjuiciado. Ya volveremos sobre este punto. Basta, por ahora, con

retener la doctrina que aplica el Tribunal Supremo: no tomar en consideración o rechazar la oponibilidad del título no inscrito.

Pues bien, existe otra constelación de supuestos en que el criterio precedente no rige: los anotantes de embargo sobre finca previamente enajenada por el deudor embargado, pero que continuaba apareciendo en el Registro a nombre del deudor, ven derrumbarse su garantía real tan pronto se le opone por el comprador no inscrito su título de adquisición: El deudor enajena la finca pero su comprador no inscribe; con posterioridad un acreedor de ese deudor-vendedor, que examina el Registro y comprueba que aquella finca continúa inscrita a nombre del deudor, la embarga y anota preventivamente su embargo. A pesar de ello, el comprador que no inscribió puede hacer valer victoriosamente ese título no inscrito; puede oponerlo con éxito frente a este anotante que confió en el Registro.

Esta doctrina es reiteradísima en el TS. A modo de ejemplo, transcribo la argumentación —siempre repetida— de la sentencia de 26 de febrero de 1980 (A.N.º 534):

«...la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, el cual no altera la situación jurídica existente respecto de los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, porque el embargo sólo puede recaer sobre los bienes que el deudor realmente posea y que están incorporados a su patrimonio, de lo que resulta que el favorecido por la anotación no goza, respecto de tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la LH» (2).

Tendremos ocasión de examinar con detalle la argumentación, pero de lo que no hay duda es de que, al pronto, observamos una contradicción, acaso aparente, con el criterio aplicado en el caso de la doble venta. Ahora acontece que quien tiene un título inscrito como anotante preventivo de embargo sucumbe frente a un título anterior pero que permanecía en la clandestinidad. ¿Que no se puede embargar lo que ya no pertenece al deudor porque lo había enajenado? Entonces tampoco se puede enajenar por segunda vez lo que ya se había enajenado en la primera venta. Las dos cosas son verdad, según el Derecho Civil. De lo que se trata es de saber qué ocurre cuando media el Registro de la Propiedad. Y parece que en el caso de la doble venta, el primer

(2) En idéntico sentido: SSTs 1982/7476, 1988/9428, 1990/676, 1992/9243, 1993/692, 1993/7463, 1993/9908...

título, por no haber sido inscrito, no cuenta; mientras que en el caso del acreedor anotante, el primer título, el del negocio dispositivo, sí cuenta y se impone frente a la garantía real. En otras palabras, la alternativa artículo 32 ó 33 se resuelve, en el primer caso, en favor del 32, aunque es obvio que desde el punto de vista del Derecho sustantivo, el segundo negocio jurídico es irregular, por lo que no parece que debiera beneficiarse por razón de su inscripción registral, en conformidad con lo ordenado en el artículo 33. En cambio, en el segundo caso, la alternativa favorece al artículo 33, lo que parece razonable porque, en efecto, si hemos de cumplir este artículo, el acto nulo no se convalida por la inscripción registral, y es claro que el embargo de cosa ajena al deudor es acto nulo. Sí, pero entonces dejamos de cumplir el artículo 32 que manda no tomar en consideración, no dar eficacia jurídica frente al tercero inscrito, a los negocios susceptibles de inscripción pero que no se inscribieron.

Vayamos, a continuación, al otro binomio polémico, el de los artículos 33 y 34.

Hay un grupo de supuestos en que la vacilación entre ambos preceptos ha dado lugar a dos líneas jurisprudenciales perfectamente incompatibles entre sí, de suerte que el recurrente en casación no tiene modo, *a priori*, de saber el sentido de la sentencia. Me refiero a la polémica interpretación del artículo 878, II del Código de Comercio.

Como es sabido, este último precepto dispone en relación con el declarado judicialmente quebrado que «*todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*». El problema se plantea, por ejemplo, con las adquisiciones de inmuebles celebradas entre quien todavía no estaba en estado de quiebra y un comprador de buena fe que confía en la titularidad registral que publica el Registro. Problema que aun se agrava para los subadquirentes del comprador. Si el auto de declaración de quiebra la retrotrae, frecuentemente ocurre que alcanza a los aludidos negocios dispositivos. Y viene la duda.

Por aplicación del artículo 878.II del Código de Comercio, ese negocio dispositivo celebrado dentro de la época afectada por la declaración de quiebra es nulo, luego el artículo 33 debe imponerse y la adquisición de ese comprador y de cualquiera de sus subadquirentes se derrumba y los bienes enajenados han de reintegrarse a la masa de la quiebra. Peor, ¿acaso el subadquirente de buena fe no es tercero del artículo 34 y no puede rechazar una nulidad que no tenía modo de conocer a través de los libros registrales?

Pues bien, existe una primera corriente jurisprudencial, mayoritaria, según la cual «*...en relación con el artículo 34 LH debe descartarse, ya de entrada, que este último precepto pueda amparar la compra directa por la entidad recurrente a la quebrada, regida, como ya se ha dicho, por el artículo 33 LH, ya que el derecho que se anula por el artículo 878 del Código de Comercio*

no es del quebrado transmitente, "otorgante" según dicho artículo 34, sino el del propio adquirente». Pero es que en cuanto a los subadquirentes continúa afirmando esta STS de 22 de mayo de 2000, A.N.º 3938, «que una aplicación indiscriminada del citado artículo 34 en favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del artículo 878 del Código de Comercio, al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieron asimismo su derecho».

En conclusión, según la doctrina de esta sentencia y de otras muchas (3), el artículo 34 debe ceder ante el 33 y la nulidad del acto dispositivo *«de la quebrada en el período de retroacción constituye un vicio que afecta a las transmisiones posteriores».*

Sin embargo, otra corriente de la Sala 1.^a, recogida en la sentencia de 20 de septiembre de 1993 (A.N.º 6647), que es la más citada en esta otra línea, pero que también informa las resoluciones de 11 de noviembre de ese año (A.N.º 8960), amén de otras anteriores, y, sobre todo, por razón de su fecha, la de 14 de junio de 2000 (A.N.º 5286), es decir, casi coetánea de la mencionada en el párrafo anterior, esta otra corriente digo, aminora la dureza expuesta y salva a los subadquirentes, e incluso al adquirente directo *«cuando los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los interesados de los acreedores»*, en palabras de la sentencia 1993/6647. Es cierto, de todos modos, que la sentencia de 14 de junio de 2000 sólo excluye del rigor de los artículos 878.II, y 33 a los subadquirentes.

Pero las vacilaciones entre el artículo 33 y el 34 se dan en otros supuestos, aparte del grupo de casos relativos a la quiebra. Por ejemplo, son frecuentes las resoluciones que declaran ineficaz la adjudicación de la finca subastada en favor de un postor porque luego se declaró viciado el procedimiento de ejecución. El argumento es que el acto adquisitivo es nulo, al serlo el procedimiento de ejecución. Por ende, en virtud del artículo 33, la inscripción en nada ayuda para mantener la adquisición del adjudicatario de la subasta (4). Pero en cambio, en otras sentencias, el acreedor hipotecario que adquiere su derecho de hipoteca sobre una finca previamente enajenada por su deudor, ve mantenida su situación: así en las SSTs 1991/7239 y 1997/45. Aquí se invoca el artículo 34 LH para proteger al tercero que ciertamente desconocía, por falta de inscripción, ese negocio dispositivo intermedio, aunque es evidente que, de suyo, la constitución de la hipoteca era nula por Derecho Civil.

(3) En igual sentido: SSTs 1984/3938, 1991/8406, 1996/5077, 1996/7434, 1997/2539, etc.

(4) Pueden verse las SSTs 1987/9280, 1989/3878, 1989/6928, 1993/2052, 1994/7680, 1996/5572, etc.

¿No sería aplicable el artículo 32 en estos supuestos? Y no se crea, así como así, que en estos casos es que hay un tercero, a diferencia de lo que ocurre en los de adjudicación en virtud de procedimiento de ejecución viciado. Ciertamente por este sendero va la solución de algunos problemas, como ya veremos, pero no está nada claro qué entiende el TS por tercero o, si se prefiere, por protección al tercero.

Así, la STS de 8 de abril de 1995 (A.N.º 3246) califica de tercero al adquirente directo de la sociedad promotora del edificio, a la que compra un piso y determinados elementos que en la declaración de propiedad horizontal eran comunes pero que en el Registro aparecen como privativos, y como tales los vende, junto con el piso.

Y otro tanto ocurre en la STS de 13 de julio de 1996 (A.N.º 5581). El TS se enfrenta con una venta en que el vendedor vende una finca y, por error o de propósito, incluye en la venta un trozo de otra finca que ya habían enajenado tiempo atrás, aunque el adquirente no había inscrito. De nuevo aquí protege al segundo comprador —lo que parece muy correcto— pero lo califica de tercero hipotecario conforme al artículo 34 LH.

d) PROPÓSITO DEL ESTUDIO

Con lo expuesto basta, a nuestro juicio, para justificar el intento de distribuir mejor los respectivos campos de aplicación de cada uno de los preceptos que nos ocupan. Y aun pueden complicarse más los supuestos, porque aunque los he presentado en grupos de dos, es llano que el que llamé segundo binomio —arts. 33 y 34— generalmente incluye en la vacilación jurídica el artículo 32, de modo que se trata de un trinomio. Reléanse los casos reseñados, anteriormente, correspondientes al segundo grupo y se comprobará lo que digo.

Si hubiera de ofrecer un diagnóstico de urgencia sobre el estado actual de la cuestión, en los Tribunales, y a reserva de lo que venga después y del estudio de muchas más sentencias que iremos sacando, yo me atrevo a resumir del modo que sigue la actuación del Tribunal Supremo en relación con estos artículos: Del artículo 32 saben poco o, si se prefiere, da la sensación de que no saben muy bien qué hacer con él. No recuerdo una sola sentencia que se fundamente en el artículo 32 LH. Parece que no se atreven. A lo sumo, es un precepto que se invoca a mayor abundamiento, siempre unido al 34, que es el único en que realmente creen. Y por lo que hace al juego de los artículos 33 y 34, la impresión —como tantas otras veces con otros preceptos— es que eligen el que estiman más acertado para argumentar la solución a que han llegado por razones de justicia material. Cuando el TS entiende que lo justo es amparar al *verus dominus* frente al adquirente que obró con apoyo en el

Registro e inscribió, sacan a relucir el 33 y afirman que el acto dispositivo es nulo, que no hubo transmisión, y que el 33 impide cualquier convalidación por razón de la inscripción. Pero si estima que la justicia reclama proteger a quién obró de buena fe, fiándose del Registro, entonces acuden al artículo 34 y al principio de la fe pública, y mantienen en su adquisición al que adquirió *a non domino*.

Veamos si con las páginas que siguen es posible ofrecer criterios más firmes para la tarea de selección entre estas normas.

CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES IMPLICADAS

a) RELACIONES CONFLICTIVAS ENTRE LOS TRES ARTÍCULOS

La introducción precedente ha intentado mostrar que la determinación precisa de los contornos del ámbito de la fe pública registral, en su aspecto subjetivo o personal, exige la comprensión cabal del alcance de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. Porque, en resumidas cuentas, estos artículos incorporan dos intereses jurídicos dignos de la máxima atención del legislador: Por un lado, el artículo 33 no es sino una prueba de la coherencia del sistema: el acto nulo no produce efectos en ningún terreno. Por otro, los artículos 32 y 34 constituyen un homenaje a un instituto, poco estudiado, pero de honda raigambre en Derecho: la tutela de la apariencia jurídica. Veamos un poco más despacio la cuestión.

Decía que el artículo 33 no hace sino confirmar que el Derecho es un todo unitario, en que no hay compartimentos estancos: ¡bueno sería que un acto pudiera ser nulo en Derecho Civil pero válido y eficaz en Derecho Inmobiliario Registral! Si la inscripción convalidase los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, el sistema jurídico resultaría contradictorio. En rigor, podría tacharse de superfluo este artículo: no parece dudoso que el contrato nulo inscrito seguiría siendo ineficaz, aun cuando no existiera el precepto que nos ocupa. Sin embargo, aplaudo la previsión del legislador para evitar veleidades de especialista: Hay quien olvida la naturaleza dependiente del Derecho Hipotecario y se empeña en defender interpretaciones extremas que se enfrentan, sin necesidad, con postulados fundamentales del Derecho Civil.

Pero con ser cierto lo anterior, no lo es menos que desde siempre el legislador ha tomado en consideración la situación de quien confía en la apariencia, sin negligencia o incuria por su parte. Entiendo por apariencia jurídica «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemen-

te verosímiles» (5). Se apoya en la apariencia quien se fía del Registro de la Propiedad, de buena fe, y celebra un contrato o negocio en su consecuencia, bien porque da por existente lo que no aparece en los libros registrales (publicidad negativa), bien porque da por existente lo que en aquéllos aparece reflejado (publicidad positiva). Del primer aspecto —negativo— se ocupa el artículo 32, y del segundo —positivo— el 34. Volveremos con más detalle sobre el asunto, pero importa destacar desde ahora que, en rigor, la apariencia jurídica no es una institución del Derecho Inmobiliario Registral, sino del Derecho Civil. La apariencia o, mejor, la protección de la apariencia se manifiesta en diversos supuestos legales (cfr., además, de los artículos 32, 34 de la LH, los 53 y 78, 464 y 1164 del Código Civil), aunque sí hay que reconocer que adquiere su máxima intensidad cuando el sujeto protegido es un adquirente de derecho real inmobiliario que confía en la información registral (6).

Ahora bien, este interés por amparar al que se apoya en la apariencia registral puede colisionar con el interés por no convalidar el acto nulo, por mucho que esté inscrito. Es llano que quien adquiere sobre la información que le proporciona un asiento registral, tal vez se esté apoyando en un acto nulo, si resulta serlo —o, mejor, si así es declarado después de su adquisición— el negocio jurídico objeto de ese asiento registral y, por ende, inexistente el derecho subjetivo que nacía aparentemente de aquel negocio y que se publicaba al exterior por el asiento registral. Conflicto entre el artículo 33, que niega eficacia al acto nulo, y el 34 que pretende proteger a quien actúa apoyado en la información del Registro de la Propiedad.

Y relación, igualmente, aunque menos conflictiva si se quiere, entre el 33 y 32. Porque al ordenar el artículo 32 que el título no inscrito no puede servir frente a tercero, está afirmando que el titular de un derecho real no inscrito no puede hacerlo valer, oponerlo, frente al de quien inscribió su título, pero sí que puede, al amparo del artículo 33, intentar demostrar que el negocio inscrito es nulo: si lo consigue, se cancelará el asiento registral que impedía el acceso de su título y éste podrá ya inscribirse, con independencia de obtener todos los demás efectos de Derecho Sustantivo. Así piensa un sector doctrinal importante. Yo, no; pero ya tendré ocasión de explicarme.

En conclusión, me parece que es preciso tener en la cabeza, continuamente, los tres preceptos hipotecarios para conseguir establecer el cuadro correcto de sus relaciones, alcances o interdependencias. Sólo entonces estaremos en condiciones de fijar con exactitud el ámbito personal de la fe pública registral.

(5) Vid. mi monografía: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 40.

(6) Para ver el asunto por extenso, capítulo II de mi libro, antes citado.

Y para tratar de lograr este resultado beneficioso, creo que un método puede ser el propuesto en la leyenda que da título a este epígrafe: ¿cuáles son las cuestiones problemáticas que suscita la interrelación de estos tres preceptos? Si las identificamos y, luego, intentamos resolverlas, habremos cumplido el objetivo propuesto.

b) IDENTIFICACIÓN DE LAS TRES CUESTIONES QUE SUBYACEN
EN LOS ARTÍCULOS 32, 33 Y 34 LH

A mi juicio, podríamos señalar estos tres grandes temas como las cuestiones que subyacen en los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria.

1.^a Determinación del significado y alcance personal del artículo 33. Porque es claro que si no existieran los otros preceptos que estudiamos, el acto nulo acarrearía la nulidad de cuantos negocios o actos trajeran causa de aquél, de manera que el alcance personal del artículo 33 sería ilimitado. Pero basta con la lectura del artículo 34 para comprender que ello no es así: hay alguien que no se ve afectado por la nulidad del negocio de su causante. Ese alguien suele conocerse como tercero hipotecario. Luego, el artículo 33 no afecta a los terceros hipotecarios. Por exclusión, entonces, si no afecta a los terceros, afectará a las partes que celebraron el negocio nulo. Basta por el momento. Habrá que aclarar, pues, este alcance personal del artículo 33, que no es el que podría pensarse de una lectura aislada del precepto.

2.^a Determinación del alcance personal de los artículos 32 y 34. Esta es la cuestión que suele conocerse en la doctrina como determinación del concepto de tercero hipotecario. Es de esos temas que hacen las delicias de los especialistas con cierta predisposición a complicar las cosas y a demostrar que su disciplina es realmente abstrusa y difícil, reservada a mentes lúcidas. Como es sabido, todo consiste en averiguar si el ámbito personal de ambos preceptos es coincidente o si, por el contrario, cada uno tiene su propio grupo de destinatarios, con lo que, dicho está, no podrá hablarse de un tercero hipotecario, sino de dos terceros hipotecarios: el tercero del artículo 32 y el tercero del artículo 34.

3.^a La validez del propio negocio para invocar la protección del artículo 34. De nuevo, la interrelación de los artículos 33 y 34 nos lleva a la conclusión de que si el negocio inscrito es nulo, el adquirente que tiene viciado de nulidad su título adquisitivo no puede apoyarse en el contenido del asiento registral precedente, no puede invocar la apariencia registral para sostener su adquisición, porque el artículo 33 exige la validez de su propio negocio adquisitivo.

Quedan pues, a lo que creo, identificadas las tres grandes cuestiones que la interpretación conjunta de los artículos 32, 33 y 34 suscitan. Ahora hay

que resolverlas. La polémica doctrinal es intensa y la jurisprudencia, ya vimos, superficialmente, que tampoco ayuda mucho. En los epígrafes siguientes trataremos cada una de estas tres cuestiones por separado, de modo que, en el último, podamos recoger las conclusiones prácticas que la solución armónica y coherente de estos problemas —en la medida de mis posibilidades—, permita ofrecer.

CAPÍTULO III. SIGNIFICADO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY HIPOTECARIA

a) EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 33 de la Ley Hipotecaria procede de la primera Ley de 1861, aunque estuvo a punto de desaparecer, por superfluo, en la reforma de 1944: finalmente, en el texto del Gobierno, de 1946, se mantuvo, por cierto, contra la opinión de ROCA SASTRE, que entonces lo estimó innecesario, y hoy mantiene esa opinión en la última edición de su obra (7). Personalmente, como ya dije antes, me parece acertada la inclusión de un precepto de esta naturaleza en una ley de Derecho Inmobiliario Registral porque evita, de raíz, posibles interpretaciones excesivas de sus normas, en contradicción con el Derecho Civil.

Como se recordará, el artículo 33 establece que «*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*». La concreción del significado del precepto exige tratar y resolver varias cuestiones, a saber:

b) ALCANCE DEL CONCEPTO, ACTO O CONTRATO NULO EN EL MENCIONADO ARTÍCULO

¿Qué se entiende por acto nulo en el artículo 33? En sentido estricto, negocio nulo es el que carece de alguno de los elementos esenciales del artículo 1261 del Código Civil o vulnera frontalmente una norma imperativa. (Como es sabido, algunos prefieren hablar de negocio inexistente en el primer caso.) Pero en un sentido amplio o extenso, nulo vale como ineficaz y, entonces, será nulo el acto o contrato no sólo en los supuestos anteriores, sino también en los de anulabilidad, por vicios del consentimiento; rescisión, en los pocos casos en que la lesión puede provocar la ineficacia del negocio; o

(7) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo II, Edit. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 703.

resolución, por incumplimiento o actualización de una condición o término de esta naturaleza, incorporado al negocio por voluntad de las partes.

La doctrina rechaza la interpretación estricta y acepta la amplia, con mayor o menor alcance. Así MORELL, LACRUZ o DíEZ-PICAZO incluyen en el término nulo, las causas de nulidad y de anulabilidad. ROCA SASTRE, a mi juicio con razón, estima que lo nulo abarca todo lo que produce ineficacia del negocio, en el sentido indicado en el párrafo anterior (8).

En favor de esta interpretación máxima militan, en primer lugar, las exigencias del Derecho sustantivo: tanto da una causa como otra a efectos del resultado. Lo cierto es que el negocio en cuestión se ve privado de efectos y, por ende, se derrumban las titularidades que hubiera originado. Pueden variar las causas, el momento de la extinción de la eficacia, los plazos de impugnación, la legitimación para pretenderla, pero, en todos los casos, al final, un contrato o acto queda ineficaz y se extinguen los derechos, obligaciones o situaciones que hubiera podido producir. Y, según dijimos, este artículo 33 no pretendía sino trasladar al ámbito registral inmobiliario la doctrina jurídico-sustantiva sobre la validez y eficacia de los negocios, con el fin de mantener la coherencia del sistema jurídico como un todo unitario.

Por otra parte, los artículos 37 y 40.d) de la Ley Hipotecaria, en mi opinión, confirman este modo de entender el 33. Dice el 37 que «*las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley...*» Y a continuación se prevén cuatro excepciones a esta regla. Se está afirmando, pues, que entre partes —por oposición a tercero— sí pueden hacerse valer las causas de rescisión, revocación o resolución, luego, con mayor razón, las de nulidad o anulabilidad, que son más enérgicas por suponer un vicio de mayor intensidad.

El artículo 40 regula el modo de rectificar las inexactitudes del Registro de la Propiedad, y en su letra d) recoge la siguiente regla: «*cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial*». Es claro que la expresión «*defecto del título*» abarca cualquier vicio que lo invalide y vuelva ineficaz: después de mencionar *nominatim* «*la nulidad*» alude, mediante aquella expresión, a cualesquiera otras causas que privan al negocio de eficacia. Y justamente por ello hay que

(8) Cft. J. MORREL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo 2.º, Edit. Reus, Madrid, 1927, pág. 677. J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III bis., Dykinson, Madrid, 2001, pág. 176. L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 430. R. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE, *op. cit.*, pág. 279.

proceder a la rectificación del asiento registral, sea cual fuere la causa de su inexactitud.

c) INSCRIBIBILIDAD DE LOS NEGOCIOS NULOS

Suele plantearse algún autor la duda acerca de la inscribibilidad de los negocios afectados de algún vicio para distinguir según sea nulo, anulable, rescindible, etc. Me parece que, por seguir siendo fiel al principio de unidad del Ordenamiento Jurídico, lo que no es válido para el Derecho Civil no debe serlo tampoco para el Derecho Hipotecario, de modo que ningún negocio viciado —sea cual fuere el vicio— debe tener acceso a los libros del Registro. Otra cosa es que sea posible el cierre registral, y ello cualquiera sea el vicio en cuestión, si el título llega a inscribirse.

En la práctica, parece bastante inútil tratar de distinguir vicios según su grado de intensidad. Quiero decir que si el documento en que se materializó el negocio viciado ha pasado el filtro de la calificación registral —también intervinieron, probablemente, otros dos profesionales del Derecho: abogado y notario— es que el vicio no era patente, por mucho que luego, por los Tribunales, fuera calificado de nulidad, por ejemplo. Y si no era evidente, requerirá su reconocimiento y declaración judicial, lo que asemeja sustancialmente todos los posibles vicios, a efectos prácticos. Otra razón más, para no preocuparse demasiado por distinguir clases de ineficacia, dentro de la voz *nulo* del artículo 33.

Sí tendrá trascendencia el tipo de vicio en algún aspecto más accesorio, por ejemplo, el del plazo para hacerlo valer. Mientras que el vicio de nulidad absoluta no se sana por el transcurso del tiempo, y la acción para conseguir su declaración judicial no está sujeta a plazo, las acciones encaminadas a obtener las correspondientes sentencias de reconocimiento de los demás vicios del negocio están sometidas a plazos, generalmente, de caducidad.

d) EL ACTO NULO DEL ARTÍCULO 33 LH Y LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

Importa otra precisión más en torno al significado de la expresión acto o contrato nulo. Como es sabido, la adquisición de derechos reales por contrato sigue en Derecho español, de acuerdo con doctrina casi unánime, el mecanismo complejo integrado por dos elementos, título y modo. Los derechos reales se adquieren, entre otras causas, «*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*» (art. 609 *in fine*). Significa lo anterior que la adquisición sólo se produce si, en primer lugar, existe un contrato de los aptos para transferir el dominio o derecho real, y, en segundo lugar, concurre el modo o *traditio*, entendido en un sentido amplio, como acto de poner la cosa a

disposición o bajo el poder del adquirente (9). Ahora bien, siendo esto así, puede concurrir el vicio de cualquiera de los dos elementos: puede ser nulo —en el sentido amplio que manejamos aquí— el negocio traslativo, por ejemplo, la compraventa. Pero también puede serlo, en igual sentido, el modo, cuando quien intenta entregar la cosa o ponerla a disposición del *accipiens*, resulta que no es titular del derecho real sobre aquella que pretende transmitir, o carece de capacidad, o no tiene su libre disposición. Pues bien, la inscripción no convalida ni los vicios que afecten al título, ni los que afecten al modo. Acto o contrato nulo, por tanto, no se refiere exclusivamente al título, al acto o contrato traslativo, sino también, cuando de esta causa de adquirir estemos hablando, al modo. Si se prefiere, en este campo de la adquisición de derechos reales por contrato y *traditio*, el artículo 33 LH hay que leerlo como que la inscripción no convalida la nulidad del mecanismo complejo adquisitivo, lo que puede producirse por ineficacia del título, del modo, o, incluso de ambos elementos.

e) REDUCCIÓN DE LA EFICACIA DEL PRECEPTO A LAS PARTES QUE CELEBRARON EL NEGOCIO NULO

Estamos ya en condiciones de concretar el alcance subjetivo del precepto que acabamos de invocar: si la inscripción registral mantiene, no obstante, la ineficacia del negocio, es llano que, por lo menos, tal ineficacia concierne a las partes que celebraron el negocio. O, dicho con otras palabras, el artículo 33 alude y se refiere a las partes del acto o contrato nulo. Entre partes, la inscripción no sana el negocio, por lo que se producirán entre aquellas las consecuencias propias de la nulidad: privación de los efectos típicos del negocio intentado y desencadenamiento, quizás, de otros efectos accesorios, como sanciones o indemnizaciones. La parte que quiera hacer valer el vicio del negocio para conseguir su declaración de ineficacia no ve disminuidas sus posibilidades o empeorada su situación por el hecho de haberse inscrito el negocio que ahora impugna. Es de añadir, como advierte Díez-Picazo, que esta ineficacia también afecta a los causahabientes de las partes del negocio nulo, a menos que tuvieran la condición de tercero protegido ex artículo 34 LH (10): no la tienen, por ejemplo, los herederos de cualquiera de los contratantes.

(9) En mi opinión, ha sido J. M. MIQUEL GONZÁLEZ quien ha explicado definitivamente el significado de la teoría del título y modo, que sigue sumida en la confusión para muchos. Cfr. *Comentario del Código Civil*, I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, comentario al artículo 609. En la misma línea: M. YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *ADC* 2001/II, pág. 559 y *passim*.

(10) L. Díez-Picazo, «Fundamentos...», *cit.*, pág. 429.

Y es que, en efecto, la fijación del ámbito subjetivo del artículo 33 exige tomar en consideración el artículo siguiente. El precepto del 33 traslada al campo registral la disciplina del Derecho Civil, según sabemos. Ahora bien, la disciplina en cuestión no detiene en las partes del negocio nulo las consecuencias negativas de la nulidad, sino que las extiende a todos los causahabientes posteriores, a todos los que celebren un negocio que traiga causa del primero tachado de nulidad. Luego, el ámbito subjetivo del artículo 33 comprendería a las partes del negocio nulo y a un número indeterminado de causahabientes ulteriores. ¿Por qué no ocurre esto? ¿Por qué decimos que el artículo 33 extiende su eficacia a las partes del negocio nulo solamente? Porque el artículo 34 excluye de los efectos perniciosos de la nulidad a las personas que consiguen la protección de la Ley por mor del instituto de la apariencia jurídica. Quiérese decir, en mi criterio, que no es equivocada la conceptualización del artículo 34 como una excepción del 33 (11).

f) EFICACIA DEL NEGOCIO NULO INSCRITO

Para terminar este capítulo interesa advertir que la declaración tajante del artículo que estudiamos no convierte en inexistente la inscripción, la cual significa la producción de una serie de efectos que no pueden obviarse, no obstante la no convalidación del defecto sustantivo, porque no son consecuencia necesaria del mismo mecanismo registral.

Paralelamente a lo que acontece en el orden civil, en que la nulidad no significa inexistencia, antes bien genera una serie de consecuencias, indeseadas quizás por los contratantes o alguno de ellos, pero que se imponen necesariamente, como reacción del Ordenamiento Jurídico ante el acto disconforme con él o ilícito (12), en el orden registral, de igual modo, la inscripción

(11) Así lo entienden ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 218. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», en *RDN*, julio-diciembre 1962, pág. 112. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 38.

También hablan expresamente de excepción las sentencias del TS de 17 de octubre de 1989 (A.N.º 6928), 8 de marzo de 1993 (A.N.º 2052), 22 de abril de 1994 (A.N.º 3083), y 12 de julio de 1996 (A.N.º 5581).

(12) Lo mismo ocurre con los llamados negocios inexistentes, que no son tales y también engendran otras consecuencias: sanciones, indemnizaciones. Es ésta una de las razones por las que no acabo de entender la necesidad de aceptar esta categoría de negocios ineficaces, que sí encontró explicación en Derecho francés por causas bien conocidas, carece de justificación en nuestro Derecho, en que no existe un elenco cerrado de supuestos de nulidad. Y es que ni el Derecho, ni nadie puede borrar el pasado: el acto realizado existió y producirá unos u otros efectos, pero lo que no puede pretenderse es que no existió.

no significa inexistencia. Como dice ROCA SASTRE, «los actos o contratos que sean nulos pero que consten inscritos... no dejan por ello de integrar el contenido del Registro... (13). Podemos señalar algunos efectos que se siguen del hecho de la inscripción del negocio nulo:

- En tanto no se declare o reconozca su ineficacia y se rectifique el Registro en los términos del artículo 4.º-d) de la Ley, es indudable que integra el supuesto de hecho o requisito objetivo, fundamento de la apariencia jurídica, en el sentido de que alguien podrá tomar aquel dato registral como veraz y apoyar en él una actuación jurídica concreta, siempre que concurren los otros requisitos o elementos de aquella institución jurídica (14). Quien así obre consigue la protección que le proporciona el artículo 34 LH y hará inatacable su adquisición, aunque se haya declarado con posterioridad la ineficacia del negocio en que apoyó su negocio adquisitivo. La invalidez del negocio inscrito permite que cualquiera de las partes o, por mejor decir, que cualquiera que esté activamente legitimado pueda impugnar el negocio, pero no impide que, mientras no se cancele el asiento o se haya tomado razón en los libros de la impugnación, con carácter cautelar, cualquiera que reúna las condiciones que exige el instituto de la apariencia jurídica, pueda considerar exacto o íntegro aquel asiento, y actuar en consecuencia en el tráfico.
- La inscripción del acto nulo también permite, ahora provisional y no definitivamente como en el caso precedente, que el titular registral actúe en su favor el contenido del artículo 38 LH. Este precepto presume que *«los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»*. De manera que mientras no se destruya la presunción, a virtud de impugnación de persona legitimada, quien adquirió un derecho real aparentemente, esto es, por medio de negocio nulo, será considerado a todos los efectos legales como titular real de aquel derecho, bien para defenderse de lesiones o intentos de lesión de su derecho, bien para realizar los correspondientes actos de goce y disfrute.
- *«A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa»*. Así dice el artículo 35 de la ley.

(13) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 715.

(14) Vid. mi obra «La doctrina de la apariencia jurídica», *cit.*, pág. 68 y sigs.

La duda que se plantea al relacionar este artículo 35 con el 33, dejando aparte otras cuestiones, es la de si el negocio nulo puede, sin embargo, valer como justo título a los efectos de la usucapión, como parece desprenderse del precepto transcrito. La doctrina vacila. LACRUZ, que en un principio pensó que la inscripción misma es el título, aun cuando fuera nulo, hoy, en la última edición de sus *Elementos de Derecho Civil* se inclina por estimar que el artículo 35 «acoge simplemente una presunción de justo título» (15). Una vez más, entiendo que la explicación de MIGUEL GONZÁLEZ, antes invocada, sobre la doctrina del título y el modo y, en consecuencia, del mecanismo adquisitivo de la usucapión, ilumina esta cuestión. La usucapión ordinaria, exactamente igual que el modo adquisitivo complejo del negocio y la *traditio*, requiere que el primer elemento —el título— sea perfectamente válido y eficaz. Luego se completará con la *traditio* o con el transcurso del tiempo, según el modo de adquisición de que se trate. De lo expuesto, se infiere que la usucapión ordinaria jamás puede operar sobre un título nulo o, en general, ineficaz: tampoco anulable; otra cosa es que el paso del tiempo purifique el negocio, porque si, de hecho, durante el plazo fijado no se impugnó el negocio anulable, éste queda confirmado y vale como título. Y siendo así, la inscripción registral no puede alterar la disciplina civil de la usucapión, máxime cuando el artículo 33 nos recuerda que aquélla no sana el acto o contrato nulo. El título nulo, el que no es verdadero y válido, en el sentido del artículo 1953 del Código Civil, tal como lo explica el autor antes citado, no puede servir para la usucapión ordinaria. ¿Entonces, cuál es el significado del primer inciso del artículo 35? Me parece que simplemente dispensar de la carga de la prueba que impone el artículo 1954 del Código Civil, no obstante la aparente rotundidad de sus palabras: «será justo título...»

- Finalmente, sí puede atribuirse al artículo 33 una función delimitadora del artículo 34, en el sentido de que podemos venir a la correcta interpretación del 34 gracias a la declaración del 33. Del modo que expondremos en el capítulo V de este trabajo, la exigencia de validez del negocio que, *a sensu contrario*, se deriva del artículo 33, nos facilita la correcta comprensión del artículo 34 (16).

(15) LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil*, III bis. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 178.

Véase, DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos», *cit.*, pág. 748, para mayor información sobre el estado de la cuestión.

(16) En el sentido indicado, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 36 y sigs., utiliza el artículo 33 para perfilar el concepto de tercero hipotecario.

No pueden negarse, pues, algunos efectos favorables, incluso, a la inscripción del acto o contrato nulo, hecho que justifica la afirmación de JERÓNIMO GONZÁLEZ, «todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro» (17).

CAPÍTULO IV. LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO, O MEJOR, DEL BENEFICIARIO DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL

a) PLANTEAMIENTO TRADICIONAL ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL TERCER HIPOTECARIO

Al estudiar el artículo 33 veíamos que resultaba aplicable entre partes; eso con seguridad. Lo ineficaz por Derecho Civil, no podía dejar de serlo porque se inscribiera en el Registro de la Propiedad. Pero esta afirmación, indirectamente, podía significar que quien no fuera parte podía no verse afectado por el mencionado precepto: no verse afectado por la ineficacia sustantiva del negocio inscrito. Y, en efecto, tal conjetura se confirma si antes del artículo 33, se lee el 32, y, después del 33, se lee el 34. Porque, sin entrar en precisiones y por poco alcance que se quisiera dar a estos otros dos artículos citados, lo que parece indiscutible es que los sujetos comprendidos en dichos preceptos no han sido parte en el negocio aludido y sancionado en el artículo 33. Se trata de sujetos distintos. Se trata, en efecto, de los que, comúnmente, llamamos terceros por oposición a parte: tercero, en relación con un negocio, es el que no ha sido parte de aquél. Conclusión: para avanzar en nuestro intento de señalar con exactitud los sujetos que se aprovechan de la protección registral será menester concretar el concepto de tercero. Así, delimitaremos en sentido negativo el artículo 33 y, en sentido positivo, los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Como es natural, nos estamos refiriendo al tercero hipotecario, al tercero que se quiere relevante en Derecho Registral Inmobiliario. Suele entenderse por tercero hipotecario el adquirente de un derecho real inmobiliario que inscribe en el Registro su título y que no puede verse afectado por los defectos de la relación jurídica precedente, respecto a la que no es parte, pero en la que apoya su titularidad o pretendió, razonablemente, apoyarla. Pero debo anticipar que a mí no me parece tan decisivo este concepto de tercero hipotecario. Sí es decisiva la distinción entre parte y tercero, distinción que es de Derecho Civil, pero la ulterior especificación que quiere construirse con la figura del tercero hipotecario, a pesar de los ingentes esfuerzos que ha con-

(17) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 379.

sumido, me parece estéril. A mi juicio, en trance de determinar quién merece la protección del Registro, lo que importa no es tener la cualidad de tercero hipotecario sino la de beneficiario de la apariencia jurídica, que no es lo mismo. Y con esta afirmación trasladamos el asunto de la protección registral desde el Derecho Hipotecario, en que se ha querido anclar, al Derecho Civil, de nuevo. Nada menos. Volveremos sobre extremo tan capital más adelante.

El problema que vamos a tratar, pues, es uno muy concreto, típico de la doctrina hipotecarista y que parece muy importante para determinar el alcance de la protección registral en el orden subjetivo: Si existe o no un único concepto de tercero en la Ley Hipotecaria. Más en concreto: si uno es el tercero a que se refiere el artículo 32, y otro el beneficiario del artículo 34, o si, según otra interpretación, tanto el 32 como el 34 se refieren a un único y mismo sujeto destinatario de la protección registral, por lo que sólo hay un tercero en la Ley Hipotecaria. La doctrina que defiende la existencia de dos, se conoce como dualista; la que sostiene la existencia de un solo concepto de tercero, monista. La trascendencia práctica de la polémica reside en la exigencia mayor o menor de requisitos en un sujeto —en un tercer adquirente de un derecho real inmobiliario— para beneficiarse de la protección registral, esto es, para que no le afecte el derrumbamiento de la relación jurídica precedente en que apoyaba su derecho quien se lo transfirió. Basta con la simple lectura de los preceptos que nos ocupan para comprender que el artículo 34 resulta, al menos externamente, mucho más exigente que el 32, pues enumera una serie de requisitos que deben concurrir en el aspirante a la protección registral, que no aparecen en el 32. Quienes sostienen que son preceptos autónomos y que cada uno encierra un concepto de tercero, piensan que el tercero del artículo 32 no requiere cumplir los requisitos del 34. Quienes, por el contrario, sostienen que ambos preceptos aluden al mismo tercero, exigen, en todo caso, que el aspirante a la protección registral cumpla con los requisitos que enumera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que si no se dicen en el 32 es, exclusivamente, por razones de economía legislativa y por evitar repeticiones.

b) LAS TESIS DUALISTA Y MONISTA

Examinemos cada una de estas doctrinas.

La tesis dualista fue inicialmente defendida por NÚÑEZ LAGOS, y se ha seguido por GARCÍA GARCÍA, CHICO ORTIZ, LACRUZ, con alguna matización DÍEZ-PICAZO, y otros (18).

(18) Vid. E. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, pág. 250; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 92 y, en general, capítulo III;

Según esta interpretación, unos son los sujetos protegidos por el artículo 32 y otros los protegidos por el 34. Cada artículo responde a una concepción histórica diferente del Registro. La regla del artículo 32 —*los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*— encarna el llamado sistema de inoponibilidad, propio de las legislaciones latinas. En estos ordenamientos, el Registro desempeña su función más simple y elemental: lo no inscrito no puede utilizarse contra lo inscrito. Se sanciona, así, se dice, la conducta del negligente, del que omite inscribir su título adquisitivo; y se premia al que contó con la institución registral.

Por el contrario, el artículo 34 responde al llamado sistema de protección de la apariencia o de fe pública, seguido por las legislaciones germánicas. No se trata ya de amparar al segundo comprador que inscribe frente al primero que no inscribe —supuesto anterior— sino de amparar a cualquier adquirente que, de buena fe y a título oneroso, contrata sobre bienes inmuebles inscritos, apoyándose en la información que proporciona el asiento respectivo.

Explica NÚÑEZ LAGOS las notas diferenciadoras de uno y otro tercero:

- por la razón de la relación jurídica determinante, que es extrarregistral en el tercero del artículo 32, y registral en el tercero del artículo 34;
- por su conexión con la cosa adquirida, que se apoya en un título, en el caso del 32, y en un asiento registral, para el tercero del 34;
- por el sujeto protegido, tercero civil que inscribe en el artículo 32 y sucesor tabular, en el 34.

Las consecuencias prácticas de aceptar esta tesis dualista son claras: el tercero del artículo 34 ha de reunir los cuatro requisitos que el precepto exige para gozar de la protección jurídica, que se traduce en mantenerlo en su adquisición, a saber: adquisición del titular registral con facultades dispositivas; a título oneroso; buena fe; e inscripción del propio título adquisitivo. En cambio, el tercero del artículo 32 no ha de llenar tantos requisitos. Lo que ocurre es que los autores dualistas tampoco convienen en la relación de cuáles son los requisitos que se exigen: Algunos autores exigen la previa inscripción de la finca, esto es, el primer requisito del artículo 34, antes aludido; pero GARCÍA GARCÍA y LACRUZ lo rechazan (19). También dudan

J. M.^a CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I. Edit. M. Pons, Barcelona, 2000, pág. 270; J. L. LACRUZ BERDEJO, «Elementos de Derecho Civil», *cit.*, pág. 174; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 475 y sigs.

(19) J. M. GARCÍA GARCÍA, «Derecho Inmobiliario», *cit.*, pág. 176. J. L. LACRUZ, «Elementos», *cit.*, pág. 175.

sobre la exigencia o no de la onerosidad (20). En concreto, la STS de 8 de mayo de 1982 (A.N.º 2559) afirma —si bien *incidenter tantum*— que el tercero del artículo 32 no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que este artículo le dispensa. Finalmente, sí parece haber más coincidencia respecto al requisito de la buena fe que todos reclaman, aunque no todos lo entienden en el mismo sentido (21).

En resumen, y aunque he de volver sobre el asunto cuando manifieste mi opinión sobre la polémica, ya se comprende que la consecuencia práctica más importante, según sean los requisitos del artículo 32, alude al caso de inmatriculante. Éste ingresa en el Registro, sin asiento previo, ¿en qué medida se beneficia de la protección registral? Será amparado ex artículo 32 si no rige el presupuesto de la inscripción previa; pero no gozará de protección registral alguna en caso contrario.

Vayamos, ahora, con la tesis monista.

Para este sector doctrinal no existe más que un tercero hipotecario, que debe reunir los cuatro requisitos del artículo 34. Por tanto, el tercero protegido por el artículo 32 también ha de llenarlos. En rigor, es el artículo 34 el que configura el destinatario de la protección registral y los demás artículos de la Ley Hipotecaria no son sino manifestaciones o aplicaciones de aquél; por eso los requisitos del 34 resultan exigibles en todos los casos de protección registral, aunque por razones de economía legislativa los otros artículos —como el 32— no se detengan a enumerarlos, al considerar que ya lo hace con carácter general el repetido artículo 34. Pueden citarse como partidarios de esta interpretación: ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, PUIG BRUTAU, DE ÁNGEL, LASARTE, MONTSERRAT, entre otros (22).

Casi todos estos autores, y otros afines, suelen explicar la relación de complementariedad que se da entre ambos preceptos, que no son sino las dos caras de la misma moneda o los dos aspectos, positivo y negativo, del mismo principio de fe pública. El artículo 32 alude al aspecto negativo: lo que no está en el Registro no puede alegarse contra el adquirente inscrito, no perjudica a tercero, o es inoponible. Por su parte, el 34 recoge el aspecto positivo

(20) Puede verse, para más detalles, ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 252.

(21) Vid. ROCA, pág. 255.

(22) R. M.ª ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1965, págs. 800, 823, etc.; A. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947, pág. 412; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad de Madrid, Madrid, 1982, págs. 559 y 600; J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, III, Barcelona, 1989, pág. 551; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, Universidad de Deusto, pág. 127; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 5.ª, Edit. Trivium, Madrid, 1997, pág. 382; A. MONTSERRAT VALERO, «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», en *R. D. Pr.*, junio 2001, pág. 504.

del principio: lo que consta inscrito en los libros puede utilizarse como presupuesto de la adquisición, sin temor a los efectos de una ineficacia sobrevenida del negocio inscrito que se tomó como punto de apoyo.

c) VALORACIÓN CRÍTICA DEL ALCANCE O IMPORTANCIA DE LA POLÉMICA ANTERIOR

Llega el momento de empezar la valoración de esta polémica que, si bien es verdad, también conocen y refieren los civilistas, a quienes realmente apasiona es a los cultivadores del Derecho Hipotecario. Me temo que en exceso. En mi criterio, y adelanto el contenido del epígrafe *d)* siguiente, hay un desenfoque generalizado en el tratamiento de la protección registral: la doctrina se encierra en la Ley Hipotecaria para conceptuar aquélla cuando, a mi parecer, la protección registral no es sino una especie de una institución de más amplio alcance y proyección: la apariencia jurídica. Así se dilata el horizonte y se adquiere perspectiva, que se pierde en el interior del bosque hipotecario, por atractivo que pueda éste parecer. Yo creo que hay que aprehender qué cosa sea la apariencia jurídica, sus requisitos y efectos; sólo entonces se puede descender a un supuesto particular de ella —siquiera sea el más característico y frecuente— como es el de la protección que depara el Registro de la Propiedad.

Pero antes de exponer esta opinión con algún detalle, pueden hacerse algunas consideraciones previas que acaso ayuden a situar la famosa polémica en sus justos términos.

Para empezar, la sabia advertencia del profesor DE CASTRO sobre el valor de los antecedentes históricos puede venir muy a propósito. En efecto, unos y otros autores insisten en afirmar que el análisis pormenorizado del proceso legislativo que desembocó en la aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861, con la suficiente valoración de las corrientes enfrentadas, propias de diversos sistemas jurídicos foráneos, así como el de la posterior evolución experimentada por la Ley, hasta llega a su versión actual de 1944-1946, iluminan perfectamente la cuestión y obligan a concluir que es uno u otro —según el autor— el sistema vigente en nuestro Ordenamiento. No puede negarse el interés en conocer los antecedentes históricos de una ley determinada o del tratamiento de una concreta cuestión de esa ley, pero sin olvidar, como advertía el mencionado profesor, que las leyes, una vez promulgadas, se independizan de sus autores y adquieren propia entidad, autonomía, vida, máxime si hablamos de leyes centenarias (23). De manera que aun cuando concediéramos —que casi siempre es mucha concesión— que sabemos a ciencia cierta cuál fue la *voluntas*

(23) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, I, Edit. Civitas, Madrid, 1984, pág. 449.

legislatoris, eso no impide que la evolución posterior de los acontecimientos, no sólo jurídicos, también sociales, políticos, económicos, etc., haya significado, en ese momento en que se contempla la ley, muy posterior al en que fue promulgada, un cambio sustancial de su sentido, al menos del sentido de alguna de las regulaciones parciales que contenía. Y no sólo eso; es que las leyes se insertan en un Ordenamiento y al encajar con el resto del sistema ya existente o al recibir las nuevas piezas legislativas que se incorporan a aquél van perfilando su verdadero sentido, por mor de la unidad del sistema jurídico (24). Ciertamente hay un límite que imponen el principio de la seguridad jurídica, el de división de poderes, que no tolera que los jueces sustituyan al Parlamento, el de legalidad, etc., y es el de que ninguna norma puede interpretarse contra su letra, so pretexto de que se está sirviendo a su espíritu o que así lo exige «el contexto social» (25). Pero con respeto a la letra de la ley, ¿por qué no aceptar la interpretación que resulte más justa, más útil, más conveniente, para ordenar la concreta realidad que constituye su objeto, aunque tal vez no sea la interpretación que se desprende de los antecedentes histórico-legislativos? Repito que siempre que se trate de una interpretación tolerada por la letra de la ley, no ingeniosa elucubración.

Yo no veo obstáculo literal alguno para aceptar, por ejemplo, que todos tengan razón porque nuestra Ley Hipotecaria, en trance de escoger entre el sistema latino de transcripción que conducía a la solución de la inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32), y el sistema germánico de la fe pública o de protección de la apariencia (art. 34), haya acogido ambos, como apunta LACRUZ, quien apostilla «y acaso no le faltó razón» (26). No es mi opinión, pero, de momento, trato de relativizar la polémica.

Una segunda consideración aun resulta de mayor enjundia: ¿Cuál es el alcance real y práctico de la polémica? Porque a juzgar por el volumen de papel escrito que ha consumido, parece que, en verdad, está en juego la institución del Registro. Sin embargo, los casos que pueden suscitar dudas, creo que son muy poco numerosos. Si la finca transmitida, o sobre la que se constituyó el derecho real limitado transmitido, está inmatriculada, la solución es la misma se aplique un precepto u otro (27):

- A vende a B, que no inscribe. Con posterioridad, A vende a C, que inscribe. C será mantenido en su adquisición por razón del artículo 32 o del artículo 34. Da igual.

(24) F. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 473.

(25) *Ibidem*, pág. 468.

(26) J. L. LACRUZ, *op. cit.*, pág. 161.

(27) Por cierto, que este hecho explica que en las sentencias casi siempre se citen simultáneamente los artículos 32 y 34, sin distinción, como integrantes del mismo y único argumento jurídico.

- A constituye un derecho real de usufructo en favor de B, que no inscribe. Con posterioridad, A, callando la constitución del usufructo, vende a C, que inscribe.

También entiendo que C es mantenido en su adquisición, pero en la adquisición pretendida, esto es, en los términos reales que la quiso: libre de cargas. De nuevo, ya apliquemos el 32 o el 34 llegamos a idéntica conclusión. DÍEZ-PICAZO, sin negar que en ese supuesto —como en el de colisión entre dos derechos reales limitados, con inscripción del segundo y no del primero— puede aplicarse el artículo 34, manifiesta que su aplicación es dudosa (28). Con el respeto que merece tan autorizada opinión, entiendo que, con independencia de los términos más o menos precisos empleados por el artículo 34, hoy no puede negarse la interpretación de que el sentido y espíritu del precepto son los de permitir a quien contrata, fiado en él, hacerlo sobre la idea de que la finca objeto del negocio tiene el estatuto jurídico que deriva de los asientos registrales. Se trata de asegurarle la adquisición en los términos pactados, para los que aparece facultado, según el Registro, el otorgante.

De todos modos, volveré sobre el asunto porque mi propuesta de solución, repito, es más elevada y no precisa descender a la hermenéutica de uno u otro artículo, al menos, no en los términos tan pegados al texto en que se mueve la doctrina.

Si estoy en lo cierto, los casos dudosos sólo son aquéllos en que la finca no está inmatriculada. La doctrina, por hipótesis, rechaza la aplicación del artículo 34 en tales supuestos, porque el tercero no adquiere algún derecho de «*persona que en el Registro aparezca con facultades*», ya que la finca no fue registrada. Luego, o es aplicable el artículo 32 o el adquirente de finca no inmatriculada, a pesar de que haya inscrito su título, no gozará de amparo registral alguno: tendrá el que pueda tener por Derecho Civil y Procesal. GARCÍA GARCÍA señala tres grupos de adquirentes que estarían en esta situación:

- los inmatriculantes, a que acabo de referirme;
- los reanudadores de tracto sucesivo;
- y los que presentan sus títulos en el Registro, antes de que el título previo se haya inscrito o, incluso, presentado, porque está pendiente de elevación a documento público o de liquidación fiscal; grupo éste, que estima el autor el más numeroso (29).

Pues bien, quienes sostienen la tesis monista suelen exigir que el mismo requisito de inscripción previa que rige como presupuesto de hecho en el

(28) L. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», *cit.*, págs. 476-477.

(29) J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 177.

artículo 34, se dé en el artículo 32, exigencia que, ya se ve, impide su aplicación a los casos que acabamos de señalar. Por el contrario, los autores partidarios de la tesis dualista, como reconocen autonomía al artículo 32 —y con algunas excepciones— no ven inconveniente en aplicar el precepto a estos casos y proteger, así, al adquirente, porque el referido precepto en ningún sitio dice que la inscripción previa sea presupuesto de aplicación.

Ahora bien, tampoco es tan grave el asunto porque la propiedad inmobiliaria cada vez accede con más frecuencia al Registro; y tampoco pueden estimarse sólitos casos de doble venta o de doble negocio jurídico real sobre finca no matriculada, en que el primer título no accede a los libros.

La tercera consideración que quería exponer me parece de importancia singular porque alude a la *ratio legis* de los preceptos, al fundamento metajurídico de la protección registral; en definitiva, la razón de ser de estos preceptos. Se afirma unánimemente que la protección del tercero registral o hipotecario es una exigencia de seguridad jurídica, una garantía inexcusable para que puedan circular convenientemente los bienes inmuebles y pueda articularse el crédito territorial, esto es, el préstamo de dinero con la seguridad de devolución que proporciona la hipoteca inmobiliaria. En esta línea de pensamiento se hace hincapié por los autores —especialmente, los hipotecaristas— en la trascendencia que tiene determinar el concepto de tercero, dimensión subjetiva de la protección registral y pieza clave, por tanto, del sistema, del que, al parecer, depende algo tan serio como el tráfico inmobiliario. Pues bien, a mi juicio, las ideas resumidas en las líneas precedentes merecen algunas precisiones.

Ante todo, conviene distinguir entre las dos funciones que cumple el precepto o la norma, cualquiera que sea: Acaso pudiera hablarse de una función organizadora general y de una función singular o de solución de conflictos interpersonales. En definitiva, se corresponden ambos cometidos con el cumplimiento espontáneo o voluntario, por un lado, y obligatorio o forzoso, por otro, de que es susceptible la norma. En la medida en que la inmensa mayoría de los destinatarios de la norma la acatan voluntariamente, aquélla desempeña un función organizadora general. Pero para los casos de conflicto, en que el destinatario obligado se resiste a cumplir espontáneamente o, incluso, para los casos dudosos en que los destinatarios, de buena fe, resisten cumplir en el modo que el adversario propone, de suerte que ambos invocan y se sienten amparados por la misma norma, ésta desempeña una función mucho más modesta o limitada —también importante— cual es la de dirimir el conflicto de una manera civilizada. Para estos casos, numéricamente incomparables con los del primer grupo, la norma lo que pretende es resolver el conflicto interpersonal, lo que significa que no ha podido satisfacer su primera función, la de organizar las cosas de tal modo que no llegue a producirse el conflicto.

Pues bien, si se acepta el planteamiento anterior convendremos en que lo realmente importante para el tráfico jurídico inmobiliario es la acertada regulación civil de la transmisión de inmuebles; la organización segura y eficaz de la publicidad registral; la fiabilidad del sistema para los prestamistas sobre inmuebles, etc. Este conjunto de normas, entre las que, por supuesto, se incluyen los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, claro que influyen en el tráfico fundiario. Pero porque las gentes las cumplen voluntariamente: si la inmensa mayoría no lo hiciera, el tráfico inmobiliario se desplomaría, y ello con absoluta independencia de la interpretación que diéramos a los tres artículos de marras. Cosa bien diferente es el conflicto que pueda darse entre dos personas concretas, con ocasión de un negocio jurídico sobre finca: como sabemos, el conflicto consiste en que se enfrenten los intereses, por un lado, del *verus dominus* o titular del derecho real y, por otro lado, del adquirente o tercero que —por resumir la exposición y aludir sólo al caso paradigmático— adquiere *a non domino*, o sea, no adquiere nada, según las reglas del Derecho Civil.

Pero detengámonos en este momento: ¿Cuántas personas adquieren bienes inmuebles *a non domino*? ¿Cuántos titulares aparentes de derechos reales inmobiliarios disponen de éstos? ¿No es verdad que en la inmensa mayoría de operaciones sobre fundos los que disponen de éstos no sólo son sus titulares registrales sino también sus titulares civiles? Repito que si no fuera así, toda la polémica —la polémica y muchas más cosas— resultaría estéril: sería perfectamente irrelevante que el tercero del artículo 32 hubiera o no de reunir los requisitos del artículo 34: el tráfico jurídico se habría sustituido por el caos.

Pero si las cosas son como creo percibirlas, es un error —al menos, una imprecisión—, afirmar que con la protección del tercero, esto es, el adquirente *a non domino*, el adquirente apoyado en una información registral que no concuerda con la realidad jurídico-sustantiva, se ampare, se garantice o se favorezca el tráfico jurídico inmobiliario. La verdad es que el tráfico de este orden no se ve afectado en lo más mínimo porque se ampare el tercero o se le deje de amparar. El mero argumento estadístico permite afirmar —aunque yo no sé que alguna vez así se haya dicho— que para la seguridad del tráfico es enteramente irrelevante la protección del tercero. Los supuestos de conflicto, de discordancia entre la realidad civil y la realidad registral, representan un porcentaje del todo despreciable respecto al número de supuestos regulares. El porcentaje de actos jurídicos con apoyo en la realidad es incomparablemente mayor que el de actos jurídicos basados en la apariencia registral. Luego si ésta es la medida real del problema, ya se comprende que poco puede padecer la seguridad del tráfico por la solución que podamos dar a un porcentaje de casos despreciable. A la seguridad del tráfico le importará mucho, como veíamos antes, la regulación general del asunto, porque

la mayor parte de los contratantes acomodan voluntariamente su conducta a ella. Pero no le importará nada el modo en que apliquemos esa regulación del asunto al caso concreto de dos contratantes que discuten por la titularidad de un derecho real inmobiliario, por la suprema razón de que el número de éstos no es significativo en el tráfico fundiario (30).

Paralelamente —y por recurrir al Derecho Penal que es el sector más aprehensible y comprensible del Ordenamiento—, está muy bien que exista un artículo que castigue el homicidio; y otro que reprima el robo o el hurto. La mera inserción de estos preceptos en el Código Penal organiza convenientemente la vida en sociedad —función organizadora general de estas normas—, porque la inmensa mayoría de los ciudadanos, con o sin convencimiento, al menos por temor, se abstienen de matar, de robar o de hurtar, al saber que existen tales preceptos incriminadores de semejantes comportamientos. Pero para la conveniente organización de la vida en sociedad resulta de muy escasa importancia que, en el caso concreto, se castigue, se absuelva o se indulte a tal o cual ciudadano procesado por uno de estos delitos —función singular o individualizada de la norma—, precisamente por el escaso número de ciudadanos desaprensivos, gracias a Dios, en relación con el número de ciudadanos decentes.

Y llegamos donde yo quería: lo que realmente se discute en los casos en que hay que aplicar judicialmente, o no voluntariamente, alguno de los artículos que estudiamos, en un conflicto de intereses. Cuando el titular verdadero se enfrenta con el tercero hipotecario por la titularidad de una finca, no estamos ante un problema institucional, cual es el favorecimiento de la circulación de bienes inmuebles, sino tan sólo ante un conflicto interpersonal o de intereses entre el titular civil y el tercero hipotecario.

La solución que demos al conflicto es del todo irrelevante para el tráfico jurídico inmobiliario. Da igual que nos inclinemos por el titular verdadero o que lo hagamos por el adquirente. La escasez de supuestos conflictivos hace insignificante para aquel tráfico el sentido de la solución. Sin embargo, para una persona concreta, con nombre y apellidos, claro que es importante aquella solución: de que amparemos a uno u otro de los sujetos enfrentados, dependerá, nada menos, que el mantenimiento o pérdida de su adquisición. Ahora bien, si las cosas son como las veo, esta dimensión, digamos, personal del problema, que no institucional, resulta muy orientadora para dar con la interpretación correcta de los artículos que nos ocupan. La advertencia clásica del profesor DE CASTRO, en materia de interpretación de la norma, ¿qué buscamos en ella? (31) nos iluminará. ¿Qué buscamos en los artículos 32, 33

(30) No obstante, pueden verse ciertas precisiones críticas a lo expuesto en: A. GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 2001/I, pág. 247.

(31) FEDERICO DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 447.

y 34? ¿Qué persiguen estos preceptos? Pues, muy sencillamente, dar una solución lo más justa posible a un enfrentamiento entre dos personas, cada una con sus razones estimables para defender su derecho; resolver un caso concreto e infrecuente, del modo más satisfactorio posible, que no puede ser sino del modo que ampare al más inocente, al que tenga mejores razones en su haber, o al que sufra un menor sacrificio por la respuesta del Ordenamiento. Pero no hemos de buscar la solución que más favorezca la circulación de bienes raíces o el crédito territorial porque no es esa la función de tales preceptos, en casos de conflicto interpersonal.

d) POSTURA PERSONAL SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA POLÉMICA Y EL ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 32 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

Fijada correctamente, en mi opinión, la perspectiva desde la que ha de considerarse la cuestión, estamos en condiciones de tomar postura sobre la polémica que enfrenta a partidarios del monismo y defensores del dualismo.

A mi parecer, la cuestión de la protección registral no es sino una especie, uno de los supuestos de una institución de mayor amplitud, cual es la de la protección de la apariencia jurídica. Es cierto que es el supuesto más frecuente, característico y estudiado, pero no el único. En la monografía ya citada, intenté construir «la doctrina de la apariencia jurídica», como una institución general, no sólo de Derecho Hipotecario, sino del Derecho Civil. Ella abarca todos los casos de adquisición *a non domino*, ya procedan de los artículos 32 ó 34 de la Ley Hipotecaria, ya del artículo 464 del Código Civil, ya de otros preceptos de este Código que, en verdad, amparan casos de adquisición de un no titular. Por ejemplo, los artículos 197, 1081, 1738 ó 1160 de aquel Código. Pero, además, son también casos de apariencia jurídica, el del que paga, engañado, a quien ya no es acreedor (art. 1164 del Código Civil), o el del matrimonio con defectos formales (arts. 53 y 78 del Código Civil).

En todos estos supuestos, «El Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (32). Por virtud de la apariencia jurídica, quien adquirió un derecho real inmobiliario apoyado en una situación que se ofrecía como verosímil, se convirtió en titular del derecho adquirido, aun cuando no lo fuera quien se lo transmitió aparentemente. Ahora bien, en trance de indagar cuáles sean los requisitos para que se desencadenen estos efectos extraordinarios, habrá que

(32) J. E. BUSTOS, «La doctrina de la apariencia jurídica», *cit.*, pág. 40.

estar a los que, con carácter general, configuran la apariencia jurídica. Estamos ante un supuesto particular de esta institución, luego hemos de exigir los requisitos generales de aquélla, sin encerrarnos en los preceptos de la Ley Hipotecaria. O, dicho de otro modo, los preceptos hipotecarios han de interpretarse en conformidad con la doctrina general de la apariencia.

Innecesario será advertir que yo creo que la teoría de la apariencia jurídica sirve para resolver problemas interpersonales concretos, del tipo del que venimos aludiendo, y no para favorecer el tráfico jurídico de bienes o, en general, la seguridad jurídica. En el capítulo V del libro, al que necesariamente me estoy refiriendo, intenté demostrar que el fundamento de su protección es de carácter singular y personalista y sólo pretende amparar a uno de los dos sujetos en conflicto: a aquél que aparece más digno de amparo pues, razonablemente, no le era exigible una conducta diferente de la que observó. En el supuesto específico que ahora nos ocupa, el de la protección registral, después que el Estado se toma la gravosa molestia de montar el costoso aparato del Registro de la Propiedad, ¿tendría sentido que al ciudadano que, disciplinado, actuó en conformidad con el Registro —concurriendo los otros requisitos que en seguida veremos— se le negaran los efectos que buscaba y que el Estado le prometió si acomodaba su conducta a aquel mecanismo formal?

No es posible, naturalmente, resumir siquiera aquella doctrina general, pero con toda sumaria diré que, a mi juicio, la apariencia se protege en Derecho cuando concurren los cuatro requisitos siguientes:

- Un requisito objetivo o material, que alude a la situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia.
- Un requisito subjetivo o psicológico, que alude al estado personal de quien invoca en su favor la apariencia.
- Un requisito formal, que se refiere al negocio jurídico realizado, cuando se trata de la adquisición de un bien o derecho (onerosidad de la adquisición).
- Un requisito negativo, con el que quiero significar que el Ordenamiento no haya excluido expresamente la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica (la excluye, por ejemplo, si el adquirente no inscribió, a su vez, el título) (33).

Voy a hacer un recorrido breve de cada uno de estos presupuestos, pero ya se comprende algo importante: en trance de saber a quién protege el Registro de la Propiedad, responderemos que a quien reúna los cuatro presu-

(33) Cfr. mi monografía citada, pág. 68 y sigs.

puestos de protección que acabamos de relacionar. La Ley Hipotecaria y, por ende, los tan repetidos artículos 32, 33 y 34 no regulan u ordenan la doctrina de la apariencia jurídica, que pertenece a la teoría general del Derecho, aunque sí ofrecen elementos valiosos para su construcción, pues ésta se logra por vía de la inducción, a partir de los diferentes casos de amparo de la apariencia que se encuentran en el Derecho Positivo. En otras palabras, la polémica sobre si hay un tercero, dos, o una docena, en la Ley Hipotecaria me parece alicorta e infructuosa. A mi juicio, hay que remontar el vuelo para saber quién goza de la protección registral y será, repito, quien reúna esos requisitos, sin que importe mucho si encaja en el ámbito del artículo 32 o en el 34 LH. Afirmación que significa el rechazo de la teoría dualista, o incluso pluralista, pues hay autores que han señalado buen número de terceros, lo que tampoco significa la aceptación de la teoría monista pues, como veremos, pierde la perspectiva y pretende elaborar una doctrina autónoma de la protección registral, cuando yo creo que no es sino una manifestación de una teoría general y de mayor alcance: la de la apariencia jurídica.

En conclusión, el Registro protegerá a quien actuó en el tráfico inmobiliario apoyándose en la información que suministraban sus libros, sin que pueda reprochársele negligencia por no haber descubierto la inexactitud registral, a título oneroso, y sin que concurra en otra persona mejores motivos de protección que los suyos, según valoración del Ordenamiento Jurídico.

Veamos, brevemente, estos requisitos:

— El requisito material u objetivo.

Como adelanté, este presupuesto viene representado por el conjunto de signos exteriores que, habitualmente, y en conformidad con el Ordenamiento, indican una determinada situación jurídica que es, cabalmente, la que induce a obrar a quien percibe aquellos signos, aunque en el caso de la apariencia, aquella situación jurídica no existe. Aquellos signos, en esta ocasión, no revelan la verdad jurídica, aunque son exactamente los mismos que los que se ofrecen en los supuestos de regularidad jurídica.

Quien consulta el Registro obtiene la información, por ejemplo, de que A es el titular registral, de lo que, razonablemente, deduce que también es el titular civil de ese derecho. Pero no acabo de entender por qué no se acepta que la falta de información concreta también puede resultar ilustrativa, porque como dice PAU, «frente al silencio del Registro, el tercero puede razonablemente deducir la inexistencia de lo no inscrito» (34).

Quiero decir que la publicidad registral se manifiesta en esos dos aspectos: positivo, que nos permite tomar como existente lo que se afirma en los asientos; y negativo, que nos permite tomar por inexistente lo que no dicen

(34) ANTONIO PAU PEDRÓN, *op. cit.*, pág. 120.

los asientos (35). De ahí que no me parezca acertado exigir la inmatriculación de la finca como presupuesto previo de la protección registral, opinión generalizada entre los autores de la doctrina monista, arguyendo que el artículo 34 LH dice que el tercero tiene que haber adquirido de persona «*que en el Registro aparezca con facultades para transmitir*». Para empezar, me parece una interpretación demasiado estrecha del término, porque también aparece como facultado para transmitir, incluso registralmente, aquél respecto al que el Registro calla, y exhibe títulos extrarregistrales de su titularidad. Es decir, el Registro, por vía negativa —publicidad negativa— está confirmando lo que los títulos extrarregistrales proclaman, toda vez que el silencio de sus libros bien puede interpretarse como confirmación de la titularidad civil exhibida, ya que no se ve contradicha por una titularidad registral diferente. Pero, sobre todo, porque como vengo manteniendo, ni el artículo 34, ni el 32, ni otro alguno de la Ley Hipotecaria, definen enteramente qué haya de entenderse por protección registral. Lo que importa es que concurra este primer requisito material de la apariencia, como conjunto de signos externos bastantes para hacer pensar a quien, sin negligencia por su parte, se acerca a ellos que la situación jurídica que revelan externamente existe en verdad, esto es, que no hay divergencia entre Registro y realidad jurídico-civil. Pero no se olvide que ese conjunto de signos no son sólo registrales. Hay que contemplar todos, los registrales y los extrarregistrales. Hay que examinar la situación completa para valorar hasta qué punto tiene entidad suficiente como para inducir a error a quien se acerca a ella. No se trata, ni es relevante, si los artículos de la LH exigen o dejan de exigir el requisito de la previa inscripción: lo que importa es si la apariencia percibida por el tercero tenía suficiente consistencia para hacerle creer que coincidía con la realidad. Y quien se enfrenta a un posible vendedor que le exhibe, por ejemplo, una escritura de dominio, se halla en posesión de la finca, y, además, goza del silencio registral, en el sentido de que nada se deduce de los libros en contra de la titularidad alegada, yo creo, se encuentra ante una situación de más que sobrada credibilidad: no hay razones para no darla por buena, y si obra fundado en ella ha de verse amparado por el Registro —ser mantenido en su adquisición— por mucho que la finca, entonces, no estuviera inmatriculada.

Por lo expuesto tienen razón, en mi criterio, los partidarios de no exigir la inscripción previa para gozar de la protección registral, no porque se deduzca del artículo 32 o porque estemos ante un tercero distinto del contem-

(35) En el sentido de aceptar la doble versión de la publicidad registral: J. PUIG BRUTAU, «Compendio...», *cit.*, pág. 551; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, pág. 127; J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 159; A. CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, pág. 245; FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, *Introducción al Derecho Hipotecario*, Edersa, Madrid, 1970, pág. 159, y otros muchos, aunque no siempre concluyan como lo hago en el texto.

plado en el artículo 34, sino por exigencia de la doctrina general de la apariencia jurídica.

Vienen al caso dos sentencias del Tribunal Supremo que sirven para manifestar —al margen de su incorrección técnica— cómo el conflicto que realmente subyace en la controversia por determinar el alcance subjetivo de la protección registral es un conflicto de intereses personales, en el que la preocupación primordial es la de amparar al sujeto que presenta títulos más justos. En la STS de 10 de marzo de 1990 (A.N.º 1685), los titulares inscritos vendieron en contrato privado de compraventa. Con posterioridad volvieron a vender en documento público y demás circunstancias del artículo 34 LH. El Tribunal afirma que el segundo adquirente es tercero hipotecario del artículo 34 y debe ser mantenido en su adquisición. Desde luego, la solución es defendible, pero hay quien puede pensar que hubiera sido más correcto aplicar el artículo 32, pues es un caso de doble venta. Al Tribunal no parece preocuparle la polémica, a pesar de que no es un caso típico del artículo 34 porque *«no se anula o resuelve el derecho del otorgante»*, sino que éste ya no era titular de ese derecho al momento de disponer por segunda vez de él. Lo que le importa al TS es amparar a quien, indudablemente, confió en una situación que tenía todos los visos de ser real.

En la segunda STS que quería citar, de 8 de abril de 1995 (A.N.º 3246), una persona compra un piso a una inmobiliaria. Según el Registro, el piso incluía el uso exclusivo de ciertas terrazas, consideradas como anejo a aquél. Otros vecinos empezaron a perturbar ese uso exclusivo, y el comprador ejerció una acción declarativa del contenido de su adquisición. El Tribunal asegura que el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 *«para poder ser conceptualizado como tercero hipotecario...»*. Bien es cierto que, a renglón seguido, quizá porque se da cuenta de que no puede hablarse de tercero, añade que *«no era necesario acudir a la figura del tercero hipotecario... pues aquí no se ha anulado ni resuelto el derecho del transmitente...»*. De nuevo, de lo que se trata es de proteger a quien confió en determinada situación, sin parar excesiva atención en si estamos ante un tercero, una parte..., porque estamos ante quien actuó apoyado en un presupuesto objetivo de indudable peso.

Y no son casos aislados: en la misma línea de despreocupación acerca de si resulta aplicable el artículo 32 o el 34, para atender únicamente a la protección de quien se fió de la apariencia pueden verse, entre otras, SSTS de 13 de abril de 1993 (A.N.º 2999); 2 de febrero de 1994 (A.N.º 861); 12 de julio de 1996 (A.N.º 5581); 29 de enero de 1997 (A.N.º 145); 7 de febrero de 1997 (A.N.º 663).

— Vayamos con el segundo requisito de la apariencia: el subjetivo o moral. Exige este segundo requisito la confirmación de que, en efecto y en el caso que se considera, el tercero, fiado en el presupuesto material u objetivo de la apariencia, padeció el error o engaño que el conjunto de signos

exteriores era capaz de provocar. No es posible extenderse más en el asunto, pero como la institución de la apariencia es excepcional —nada de principio general—, a la hora de conceder a una persona sus beneficios, será menester enjuiciar antes su concreta e individualizada conducta personal en relación con el elemento objetivo en que se apoyó, para actuar como lo hizo: una cosa es que exista una situación engañosa, susceptible de llevar al error al hombre medio, y otra bien diferente que en el caso preciso que se juzga, un tercero bien determinado haya resultado engañado.

Como es sabido, la doctrina alude a este elemento espiritual con la denominación de buena fe. Ocurre, me parece, que este término está afectado de polisemia y significa cosas distintas según las instituciones en que se utiliza. Por ello prefiero rehuir el vocablo, pero no hay duda de que, a la postre, incluso los partidarios de dar autonomía al artículo 32, que no habla de buena fe a diferencia del 34, tienen que aceptar la presencia de un requisito moral para proteger a quien actuó sobre la información registral (36).

— El tercer requisito que hay que cumplir para conseguir los efectos amparadores de la apariencia jurídica es el de la onerosidad del negocio jurídico celebrado, y le he llamado requisito formal. Contraprestación, pues, por parte del adquirente. La Ley Hipotecaria de 1944, en su Exposición de Motivos, ya advertía que era preferible el que trata de evitar un daño al que trata de captar un lucro, como argumento para excluir del ámbito subjetivo de la protección registral al adquirente a título gratuito.

La doctrina vacila en trance de afirmar o no la existencia de este requisito, en todo caso. De nuevo, la perspectiva equivocada, en mi opinión, desde la que se estudia el asunto impide ver con claridad. Los autores monistas, en principio, exigen el requisito, pues éste viene impuesto en el artículo 34, precepto que entienden aplicable a todo tercero, como sabemos. Los dualistas, lo exigen para el tercero protegido por este precepto, pero no lo requieren para el tercero que estiman amparado por el artículo 32. Sin embargo, en cada grupo hay muchas dudas.

DÍEZ-PICAZO, que opina que «el artículo 32 debe ser interpretado a la luz del artículo 34 e integrado con él no cree necesario «que la adquisición sea onerosa» (37). En cambio, un autor dualista como LACRUZ, «dados los intereses en presencia en la tutela del tercero», cree más seguro, modificando su opinión anterior, reclamar la onerosidad (38). Puede consultarse la extensa obra de GARCÍA GARCÍA que venimos utilizando también, para más detalles sobre estas vacilaciones doctrinales (39).

(36) Por todos, JOSÉ MANUEL GARCÍA, *op. cit.*, pág. 187.

(37) L. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos», *cit.*, pág. 478.

(38) J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 194.

(39) J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 181 y sigs.

En la Jurisprudencia sólo se encuentra la STS de 8 de mayo de 1982 (A.N.º 2559), en que se afirma «*que el tercero del artículo 32 no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa este artículo*». Algún autor asegura que esta afirmación integró la *ratio decidendi* de la sentencia, aunque parece más seguro que no pasó de un *obiter dictum*. En cualquier caso, una sentencia, cuando la inmensa mayoría de ellas, algunas hemos citado poco antes, no distinguen entre ambos artículos e invocan los dos como fundamento de sus fallos, no parece que permita extraer conclusiones decisivas al respecto.

Como decía antes, yo creo que la incertidumbre procede de no caer en la cuenta cabal sobre la naturaleza del conflicto planteado. Porque si se comprende que estamos ante un conflicto estrictamente personal, en que frente al interés del *verus dominus* se alza el interés de *accipiens* o tercero, intereses ambos legítimos, relevantes dignos de protección, no creo que pueda dudarse sobre la exigibilidad del requisito, pues no se acierta a justificar por qué, siendo justas ambas pretensiones, se ha de sacrificar la de quien sufre un menoscabo económico, por perder la finca, y no la de quien, en el caso contrario, nada pierde, sólo deja de ganar algo que nada le había costado, de suerte que vuelve al estado en que estaba. Lo que sucede es que como la doctrina está atemorizada con la amenaza de que proteger al *verus dominus* significa, nada menos, que entorpecer el tráfico jurídico inmobiliario, se siente compelida a sostener, siempre que hay algún resquicio para ello, al adquirente.

— Finalmente, no hay protección de la apariencia jurídica y, por ende, en el supuesto que nos ocupa, no hay protección registral si no se da el cuarto requisito, pero que es negativo. Esto es, hay protección cuando la Ley no excluye expresamente ésta, porque hay casos en que, no obstante darse los tres requisitos anteriores, la Ley no reconoce efectos a la apariencia. Por ejemplo, en el supuesto del artículo 34, no se protege a quien, por su parte, no inscribe su título. Repárese en que tanta confianza en el Registro demuestra el que inscribe como el que no inscribe: uno y otro contrataron porque apoyados en la información registral estimaron que el otorgante podía transmitir el derecho inscrito, y ambos lo hicieron de buena fe y a título oneroso. Si la razón del amparo al tercero fuera la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, no se comprende por qué en un caso hay protección y en otro no.

Sí se acepta, en cambio, que se trata, más modestamente, de resolver un conflicto interpersonal, se comprende que la Ley no tenga en cuenta supuestas motivaciones institucionales, sino las estrictamente personales concurrentes en los sujetos, y, supuesto que tan justo y bueno puede ser proteger a uno como a otro, estime, en ciertos casos, que es más justo amparar al *verus dominus* y en otros al tercero.

e) CONCLUSIÓN

En conclusión, mantengo que la protección registral —ya se quiera derivar del art. 32, del 34, del 37, del 40, etc., de la Ley Hipotecaria— exige, en todo caso, la concurrencia de los cuatro requisitos que he relacionado en el epígrafe anterior, por cuanto la protección registral no es sino uno de los supuestos —bien que el más característico e importante— de apariencia jurídica y aquellos requisitos son los de ésta. Creo que hay que abrirse a la doctrina general y salir de la Ley Hipotecaria. En mi modesta opinión, el error de los hipotecaristas, que ha arrastrado también a los civilistas, es el de encerrarse en los preceptos hipotecarios y tratar de interpretarlos desde sí mismos, al margen del resto del Ordenamiento.

El modo de pensar que aquí se viene defendiendo resuelve fácilmente el problema más importante de toda la polémica, que es el de los efectos prácticos.

He afirmado que la nota característica de la apariencia jurídica es la de atribuir a una situación jurídica falaz los mismos efectos típicos que se atribuyen a la situación verdadera que aquélla simula. Así, quien fiado de la apariencia compra de quien no es propietario, se convierte en propietario, que es lo que ocurre cuando se adquiere del verdadero propietario. Pues bien, en el caso de adquisición inmobiliaria, con apoyo en el Registro de la Propiedad, ocurre exactamente lo mismo. Es indiferente que el adquirente lo sea del artículo 32 o del 34 o del 3, etc. Como es irrelevante que la finca estuviera o no inmatriculada. Lo que importa es que ese adquirente haya actuado basado en una situación objetiva suficientemente sólida que le permitía pensar que quien transmitía el derecho podía hacerlo; y en la constitución de ese presupuesto objetivo previo desempeña un papel de primer orden el Registro, pero entendido con amplitud. Es decir, ni el Registro sólo, ni la publicidad registral en sentido positivo sólo. Junto al Registro, pueden existir escrituras públicas, documentos privados, estados posesorios, etc., y todo ello contribuye a integrar el presupuesto de hecho. Como contribuye, igualmente, la inexistencia de información registral (publicidad negativa), en la medida que puede confirmar los restantes datos fácticos.

De manera que siempre que concurren los requisitos ya examinados, el tercer adquirente puede invocar en su favor la eficacia de la institución de la apariencia jurídica, que significa convertirse en verdadero propietario o titular del derecho real adquirido, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que pudieran corresponder al despojado.

El reciente artículo de MONTSERRAT VALERO, sin llegar a la conclusión que defiende, manifiesta, por sus argumentos y explicaciones, cómo no tiene sentido andar distinguiendo casos y preceptos: Y el mejor modo de explicar

la cuestión, a mi juicio, es a través de la doctrina de la apariencia jurídica, según queda expuesto (40).

CAPÍTULO V. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO ADQUISITIVO EN LA PROTECCIÓN REGISTRAL

a) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO

En el capítulo anterior hemos llegado a delimitar, en gran medida, el ámbito subjetivo de la protección registral. Concluimos que la Ley Hipotecaria ampara a quien puede invocar en su favor los efectos protectores de la apariencia jurídica. No importa mucho qué precepto concreto de aquella Ley parece proporcionar protección porque, en mi opinión, lo que importa es caer en la cuenta de que la apariencia jurídica es una doctrina no sólo registral, sino más amplia, de modo que lo determinante es que den o no los requisitos generales de esa doctrina, para cuya concreción los preceptos hipotecarios ayudan pero no son los únicos, ni siquiera los más importantes para perfilar la institución.

Sin embargo, aún hay que profundizar en esta doctrina general para acabar de delimitar al sujeto protegido por la fe pública registral, a fin de no extender más allá de lo conveniente la eficacia de ésta. Veamos algunos ejemplos.

Pensemos en enajenaciones de bienes inmuebles llevados a cabo por el tutor de menores o incapacitados sin las preceptivas autorizaciones previas. Y supongamos que hay buena fe en el adquirente. ¿Acaso el menor o el incapacitado no podrán impugnar las enajenaciones cuando las conozcan? Otra cosa sería si el adquirente transmitió a su vez. Habiendo buena fe, el subadquirente no puede ser atacado. Pero si la cosa no salió del patrimonio del primer adquirente, no parece discutible la procedencia de la impugnación.

En la práctica de los Tribunales es muy frecuente otro caso similar: el adjudicatario en subasta judicial de un inmueble, pero en virtud de un procedimiento previo de apremio que luego se declara nulo por quebrantamiento de alguna formalidad esencial. En tal caso, el TS viene afirmando, ante la impugnación del deudor o de sus herederos y mientras la cosa no haya salido de manos del adjudicatario, que la adquisición de éste fue inválida, por lo que sigue perteneciendo a los impugnantes (41).

(40) A. MONTSERRAT VALERO, *op. cit.*, pág. 514 y sigs.

(41) Así: SSTs de 7 de diciembre de 1987 (A.N.º 9280), 23 de mayo de 1989 (A.N.º 3878), 17 de octubre de 1989 (A.N.º 6928), 25 de marzo de 1994 (A.N.º 2535), 24 de octubre de 1994 (A.N.º 7680), 25 de julio de 1996 (A.N.º 5572), etc., etc.

El argumento que se viene repitiendo por la jurisprudencia en las sentencias aludidas es el de la exigencia de validez del propio acto adquisitivo, para poder obtener la cualidad de tercero hipotecario y gozar de los efectos protectores del artículo 34 LH. Leemos en la STS de 7 de diciembre de 1987 (A.N.º 9280):

«...Por tanto la cualidad de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues ... si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro...» Y más adelante añade: «...el contenido registral por el que entra en juego la protección que el artículo 34 de la LH dispensa no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con presunción iuris et de iure que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro...»

No se estima amparado el adjudicatario porque su causa de adquisición fue inválida. En el procedimiento de apremio, que funciona como título de adquisición, se apreció un vicio de nulidad que arruina aquél, por lo que el propio negocio en que pretende apoyar su derecho el adjudicatario es inválido; no que lo sea el que originó el derecho de su transmitente, sino el suyo propio. Parece que entendemos el criterio: negocio válido es el que reúne los requisitos esenciales del artículo 1261 y no esté afectado por uno de los vicios del artículo 1265, ambos del Código Civil. Luego será inválido, en caso contrario. En todos estos casos de adjudicación en subasta, es llano que la observancia de la forma se eleva a categoría de requisito del artículo 1261, como sucede en otros contratos dispositivos, luego su inobservancia tacha de nulidad el título adquisitivo. Sin embargo, no siempre las cosas están tan claras.

Veamos, ahora, el caso resuelto por la STS de 8 de marzo de 1993 (A.N.º 2052): El demandado había obtenido la finca también por adjudicación en subasta judicial, pero cuando fue embargada ya había sido enajenada por los deudores al demandante mediante escritura pública de venta, no inscrita. Se había embargado, pues, una finca que ya no pertenecía a los deudores. El TS entiende que, en efecto, la adjudicación fue inválida y que la propiedad continúa perteneciendo al comprador que no inscribió, de suerte que el adjudicatario, como en el caso anterior, nada había adquirido. ¿Igual criterio que en caso anterior? Leemos:

«...por su parte, la sentencia de 17 de octubre de 1989 (A. 6928) afirmó que para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo

del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicará entonces el artículo 33 de la propia LH y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio... la cualidad del tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria...» Repito, ¿igual doctrina que en la sentencia anterior? Nada de eso.

¿Por qué dice ahora el TS que es inválida la adjudicación? Porque no era propiedad de los deudores la finca al tiempo del embargo, luego se adjudica una cosa ajena, que ya entonces pertenecía al que sería demandante en el proceso. ¿Y desde cuándo es inválida la venta de cosa ajena? ¿Acaso el título adquisitivo, en este segundo caso, adolecía de causa de nulidad o anulabilidad? En modo alguno; luego yerra el TS cuando lo reputa inválido. El título era perfectamente válido; lo que fallaba era el modo o tradición. Pero esto es muy distinto. Ya volveremos sobre ello.

Veamos una última sentencia antes de fijar un par de conclusiones: la de 25 de octubre de 1991 (A.N.º 7239). Ahora nos encontramos con que los otorgantes de una hipoteca en favor de un banco no eran dueños de la finca gravada, que habían vendido con anterioridad a un matrimonio que no había inscrito. Los dueños reclaman la nulidad de la hipoteca por no ser propietarios los constituyentes. ¿Qué dice el TS? ¿Lo mismo que en el caso anterior de la venta de cosa ajena? Pues no. Ahora da la razón al banco: «*Se presume que lo aparecido en los asientos registrales es verdadero o exacto para todos los efectos jurídicos, y que el derecho inscrito existe y subsiste mientras no se cancele, y corresponde al titular indicado por la inscripción, lo que viene a significar que el Registro prevalece sobre cualquier título de Derecho Civil no inscrito...*» Si, muy bien, pero ¿por qué no aplicó ese criterio en la sentencia de 8 de marzo de 1993?

El estudio de las sentencias citadas y de otras muchas concordantes, ya citadas o que se citarán, permite concluir:

- El TS no sabe a ciencia cierta qué significa negocio válido en la órbita de la protección registral del tercero, como tampoco lo sabe en el campo de la usucapión ordinaria (42). Su argumentación sobre la validez del propio negocio adquisitivo es intachable... a condición de

(42) Acaba de demostrar el desconcierto del TS en materia de usucapión ordinaria YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pág. 548 y sigs.; 594 y sigs., especialmente.

- que utilice rigurosamente el concepto de validez. Porque si se deja llevar de la intuición jurídica, no sólo quiebra la seguridad jurídica sino también la justicia. A mí me parece tan evidente la justicia de la solución que se dio en el caso de la STS de 7 de diciembre de 1987, el primero de los citados, o en el que acabamos de exponer, STS de 25 de octubre de 1991, como la injusticia de la solución dada en el caso de la STS de 8 de marzo de 1993, segunda de las invocadas aquí.
- Tampoco me parece correcto el uso que hace en estos casos el TS de la alternativa artículo 33-artículo 34. Recuerdo la explicación ofrecida por la STS de 17 de octubre de 1989 (A.N.º 6928), que se repite en otras muchas, por ejemplo, las de 22 de abril y 16 de mayo de 1994 (A.N.ºs 3083 y 3585): *«para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría entonces el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido»*. En otras palabras, aplicamos uno u otro artículo según sea válido o inválido el negocio. Lo que sucede es que como jamás explica la Sala qué entiende por validez o invalidez, sino que la afirma de plano, sin argumentación, resulta que goza de la más absoluta libertad para hacer lo que le parezca más justo, al margen de lo que diga la Ley, que es la tentación en que, ahora, se viene incurriendo con tanta frecuencia por el TS y por los inferiores, una vez abierta la veda por el Tribunal Constitucional. Si dice que es válido el negocio, aplica el 34 y ampara el adquirente. Si lo estima inválido, afirma entonces la vigencia del 33 y no ampara al tercer adquirente. Como son antitéticos, tiene la Sala a su disposición las dos soluciones: proteger al verdadero titular o al tercer adquirente. Y puede elegir la que estime más justa, pero sin que sepamos con seguridad por cuál se inclinará, porque, repito, nunca ha explicado el TS lo que entiende por negocio *«inexistente, nulo o anulable»* en el campo de las adquisiciones inmobiliarias que invocan la protección del Registro.

Frente al criterio de la validez o invalidez que, además, desconocemos, según lo dicho, el criterio para aplicar uno u otro precepto no creo que esté en el negocio, sino en los sujetos. *Inter partes*, siempre se aplica el artículo 33. Cuando es un tercer adquirente el que pide la protección del Registro, siempre se aplica el 34. Lo que sucede es que tienen que concurrir los requisitos exigidos por la teoría de la apariencia jurídica —aproximadamente, los que dice el 34— y si no concurren, no es que entonces se aplique el 33, sino que no puede aplicarse el 34. No vale irse a uno u otro, según queramos proteger o no al tercer adquirente. El 33 sólo puede aplicarse cuando el negocio se impugna por una de las partes del negocio discutido e inscrito.

Pero nunca, como en todos los casos de las sentencias citadas y, en general, los que llegan a los Tribunales, cuando se debate sobre la procedencia o no de otorgar la fe pública registral con ocasión de la reclamación de un tercero que no participó en el negocio inscrito. Así hay que entender la expresión jurisprudencial, tan repetida, de que *«el contenido registral por el que entra en juego la protección que el artículo 34 de la LH dispensa no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden»*. En efecto, porque en relación con el asiento registral que recoge la propia adquisición, el adquirente es parte, no tercero. En cambio, será tercero respecto de los asientos precedentes porque en ellos se recogen otras transmisiones en que él no intervino.

b) EXPLICACIÓN TÉCNICA DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR EL MENCIONADO REQUISITO

A mi parecer, sería útil tratar de buscar una explicación técnica, un fundamento, a la teoría de la validez del propio acto adquisitivo. Reitero que es la teoría oficial del TS para negar el amparo de la fe pública registral a aquellos adquirentes que aparecen como tales en virtud de un negocio adquisitivo viciado, aun cuando hayan adquirido de quien, según el Registro, aparecía como titular del derecho transmitido. Pero reitero también que nunca se ha preocupado el TS de explicarnos cuándo un negocio debe reputarse viciado, en este ámbito registral. La Sala Primera repite la fórmula estereotipada de *«negocio inexistente, nulo o anulable»*, pero esto es demasiado impreciso. En la línea jurisprudencial ya indicada, la STS de 25 de marzo de 1994 (A.N.º 2535) prefiere al *verus dominus* que adquirió, y no inscribió, del deudor de un Ayuntamiento que apremió y se adjudicó una finca que en el Registro continuaba a nombre de ese deudor. Asegura la sentencia que no puede invocarse la protección del tercero *«...máxime cuando de una interpretación declarativa del artículo 34 LH resulta que la entidad recurrente nunca pudo tener la consideración de tercero protegido por la fe pública registral, al haber adquirido, a non domino, es decir, de personas que en el Registro aparezcan con facultades para transmitir el dominio, aunque después inscribieran su derecho realmente inexistente»*. En otras palabras, la Sala afirma la invalidez de la adjudicación en favor del Ayuntamiento porque está adquiriendo *a non domino*. La Sala evidencia un confusionismo verdaderamente preocupante: ¡Toda la construcción de la fe pública registral arguye adquisición *a non domino*! ¡El Registro de la Propiedad hace posible la adquisición *a non domino*! ¡Y el TS asegura que no hay fe pública registral cuando se adquiere *a non domino*!

Pero la cosa no para aquí. En la STS de 19 de octubre de 1998 (A.N.º 8072) se ampara en cambio a los adquirentes del adjudicatario de

una finca, en virtud de un procedimiento de apremio que se declaró nulo antes de la enajenación: cuando el adjudicatario vende, todavía seguía a su nombre la finca, aunque incluso ya sabía aquél la nulidad declarada. Pues bien, ahora, dice la Sala que «*el acto de los compradores no adolecía de vicio alguno de nulidad sino que es plenamente válido porque los esposos habían comprado confiados en el Registro, desconociendo la declaración de nulidad*». O sea, que ahora se actúa válidamente cuando se confía en el Registro, aunque se adquiriera *a non domino*.

Pero la confianza en el Registro no tiene nada que ver con la validez de un negocio.

La cosa es evidente: el TS no sabe a ciencia cierta qué es un negocio válido en el terreno de la apariencia jurídica. Insisto porque hay una conexión clara: como tampoco lo sabe en el campo de la usucapión ordinaria. Reconozcamos que la doctrina le ha ayudado poco en la tarea. Y el caso es que, como suele suceder, el TS acierta en el sentido de la decisión, en la mayoría de los casos. La doctrina de la validez del acto adquisitivo propio es cierta y útil: pero hay que fundamentarla técnicamente porque si no se sabe el porqué de su aplicación, la intuición jurídica puede fallar y provocar decisiones desacertadas.

En mi opinión, toda esta cuestión se ilumina si aplicamos correctamente la doctrina de los modos de adquirir los derechos reales. Y aquí hay que distinguir entre los de disfrute, por un lado, y los de garantía y adquisición preferente, por otro.

Para los derechos reales de disfrute rige en Derecho español la doctrina del título y el modo. Pero hay que entenderla. Repito que, a mi juicio, ha sido definitivamente explicada por MIGUEL GONZÁLEZ (43), y es una pena que todavía se vacile en este punto.

En conformidad con su enseñanza, hay que decir: Para adquirir un derecho real de goce o disfrute siempre se precisa un negocio jurídico válido, apto para transmitir (título). Y válido es el que reúne los requisitos esenciales del artículo 1261 y no adolece de ninguno de los vicios del artículo 1265. Pero, además, es menester un segundo elemento porque el mecanismo adquisitivo de los derechos reales de goce es complejo, porque así se infiere de los artículos 609 y 1095 del Código Civil. Este segundo elemento es:

- *Traditio* (modo), en los supuestos ordinarios de adquisición de la propiedad y demás derechos reales de goce o disfrute.
- Posesión continuada durante el plazo legal, en los casos de usucapión ordinaria, en los que habiendo sido válido el título o contrato, no hubo *traditio* válida porque el *tradens* o no era dueño de la cosa o carecía

(43) Vid. «Comentario al artículo 609» en el *Comentario al Código Civil* del Ministerio de Justicia, ya citado.

de facultades dispositivas. De suerte que la posesión prolongada en el tiempo equivale a la *traditio* válida o suple la falta de modo.

- Apariencia jurídica en los casos en que resulta aplicable esta doctrina porque concurren todos los requisitos que ya conocemos. En los casos de apariencia, al igual que en los casos de usucapión, la apariencia suple la falta de *traditio* o modo. Y al igual que en los supuestos ordinarios de adquisición, ésta se produce instantáneamente porque la apariencia jurídica atribuye los efectos propios de la situación regular a la que es irregular. No hay que esperar el transcurso del tiempo, como en el caso de la usucapión. El adquirente *ex* apariencia jurídica se convierte en titular del derecho real desde el momento en que realiza el negocio jurídico, como si éste hubiera sido regular.

En consecuencia, en la órbita de la protección registral, en tanto que modalidad de la apariencia jurídica, para que el tercer adquirente pueda realmente adquirir un derecho real de dominio u otro limitado de disfrute, cuando la transmisión no pueda darse según las reglas de Derecho Civil, será preciso que el negocio jurídico adquisitivo que celebre con el transmitente sea enteramente válido, en el sentido expuesto; no que sea titular del derecho transmitido el *tradens*: si lo fuera no sería necesaria la protección del Registro. Cuando se invoca la fe pública registral es porque ha fallado la *traditio*: el *tradens* o no era titular o no tenía facultades dispositivas suficientes. Aun así, si concurren los requisitos de la apariencia jurídica, se produce instantáneamente la adquisición *a non domino* del derecho real inmobiliario.

En cambio, las cosas son distintas cuando de adquirir derechos reales de garantía o de adquisición preferente se trata. Para estas categorías de derechos no rige la teoría del título y el modo, de suerte que se adquieren por virtud del negocio jurídico exclusivamente, sin que sea menester la *traditio*, sin perjuicio de que, en algunos casos, se exija otro requisito, como es bien sabido: el de la inscripción registral.

c) APLICACIÓN DEL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL PROPIO NEGOCIO,
SEGÚN LA PROPUESTA PERSONAL DE INTERPRETACIÓN ANTES EXPLICADA
A LOS PRINCIPALES GRUPOS POLÉMICOS DE ASUNTOS

Seguidamente, vamos a pasar revista a algunos supuestos polémicos cuya solución se esclarece, en mi opinión, con la aplicación de los criterios que se acaban de sentar. Son grupos de casos muy conocidos, de constante aparición en la jurisprudencia, y que no reciben siempre la misma solución. Además de ofrecer, así, criterios uniformes de decisión, estaremos comprobando la bondad de aquéllos, pues sirven para resolver asuntos dudosos.

1. En primer lugar, la llamada doble venta.

No pretendo examinar la cuestión sobre la que existe abundante bibliografía. Me limitaré a proponer una línea de solución de acuerdo con los criterios ya aludidos (44).

Como es sabido, la doctrina de la Sala 1.^a al respecto distingue entre doble venta y venta de cosa ajena, según se haya o no perfeccionado mediante la *traditio* la primera venta. No siempre se expresa con esta claridad, porque a veces habla de que se haya o no «consumado» la primera venta, término este que no acierto a llenar de contenido en la materia que nos ocupa. No obstante, parece que su pensamiento es el indicado: si el primer comprador entró en la posesión efectiva de la cosa, y ésta vuelve a ser vendida, ya no hay doble venta, porque lo que entonces está haciendo el vendedor es vender cosa ajena. En cambio, si no hubo traspaso posesorio, entonces sí cabe hablar de doble venta. Baste la STS de 12 de julio de 1996 (45): «*Cuando hablamos de venta doble o múltiple, nos referimos al supuesto en el que un mismo objeto es vendido varias veces por su dueño (por error o malicia) a distintos compradores. Las diferentes ventas han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador, puesto que lo que se intenta resolver con el artículo 1473 del Código Civil es la adquisición del bien, mientras que si ya ha existido adquisición por parte de un comprador, ante lo que estaremos será una venta de cosa ajena*» (46).

Pues bien, la doctrina reseñada, que se acepta comúnmente, me parece que incurre en un error de perspectiva. Repárese que lo que importa es la situación jurídica del comprador; del primero, segundo o sucesivo, pero siempre del comprador, para saber cuál de ellos se convierte finalmente en propietario. Lo que importa menos, o más bien nada, en el debate sobre la adquisición del dominio sobre la finca varias veces vendida es la situación del vendedor. Y la famosa distinción entre doble venta y venta de cosa ajena está pensando exclusivamente en aquél. Yo no digo que no pueda hacerse la distinción, si se desea, o que no pueda tener consecuencias a la hora de determinar la responsabilidad contractual por incumplimiento del vendedor frente al comprador que, finalmente, no consigue la propiedad de la finca vendida. No quiero entrar en esas cuestiones. Lo que afirmo es que para amparar o no al tercer adquirente que confió en la apariencia registral, el hecho de si hubo o no traspaso posesorio es, a mi juicio, perfectamente irrelevante.

(44) Recientemente, puede verse sobre este particular, con especial atención a su dimensión registral: GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 180 y sigs.

(45) Fue objeto de comentario por PALOMA SABORIDO SÁNCHEZ en el ADC 1997/III, pág. 1561.

(46) En igual sentido, STS de 25 de julio de 1996 (A.N.º 5572).

El comprador consulta el Registro y comprueba que el vendedor es el titular registral con facultades dispositivas. Fiado en esa apariencia compra e inscribe. Resulta que unos días antes —o unos meses, que el tiempo no importa— ese vendedor había vendido en escritura pública a otro comprador que no inscribió. Sostengo que el segundo comprador se convierte en propietario por virtud de la apariencia jurídica (me da igual que se quiera aplicar el art. 34 que el 32 de la LH), sin que importe lo más mínimo si se estimó o no realizada la *traditio* en la primera venta. Y la solución es idéntica en caso de venta de finca no inmatriculada.

Ya he tratado de explicar en el capítulo anterior que la fe pública registral puede ser positiva o negativa. Pero no deja de ser fe pública registral. Lo que sucede es que el requisito material u objetivo de la apariencia tiene menor intensidad en caso de no inmatriculación, por lo que para integrarlo será menester considerar otros elementos: el título público de adquisición del vendedor, su posesión de la finca, su alta en el impuesto de bienes inmuebles, etc. Claro es que en el caso de fincas no matriculadas, y aunque yo no doy importancia a la selección de artículos por las razones ya expuestas, bien podemos aceptar que el amparo deriva no del 34 sino del 32 LH.

Tampoco hay problema en aceptar el análisis purista según el cual, en efecto, si el primer comprador llegó a adquirir la propiedad por el concurso del título y del modo, el segundo comprador adquiere *a non domino*. Pero ése es el fenómeno típico de la apariencia jurídica. En la segunda venta estaremos ante un negocio transmisivo perfectamente válido, *ex* artículos 1261 y 1265 del Código Civil, y con defecto en el modo porque, en efecto, el vendedor no puede transferir la posesión que ya no tiene; pero cabalmente ése es el defecto que subsana la apariencia jurídica. Pero, repito una vez más, para llegar a esta conclusión, y no perderse con erróneas cavilaciones sobre la posible invalidez de la segunda venta, por falta de objeto o de causa, etc., hay que comprender certeramente la doctrina de título y el modo, según la enseña el profesor MIQUEL.

¿Y qué ocurre si el primer comprador no llegó a convertirse en propietario porque no concurrió el segundo elemento del mecanismo transmisivo? El comprador segundo adquirirá, entonces, *a domino*, porque su vendedor, que continúa siendo propietario por mucho que venga obligado a traspasar la posesión de la cosa vendida al primer comprador, celebra con él un negocio transmisivo (título) y, además, le transmite la posesión por el otorgamiento de la escritura pública (modo).

Ya se ve que al segundo comprador las vicisitudes de la primera venta le son indiferentes. En ambos casos adquiere la cosa vendida. Sucede, sin embargo, que el fenómeno de la apariencia sólo acontece en el caso de adquisición *a non domino*; lo que la jurisprudencia llama venta de cosa ajena. Porque en el caso que llama de doble venta, no hay más que aplicación

ordinaria de la teoría del título y el modo, dejando aparte la pretensión resarcitoria que el primer comprador ostentará frente al vendedor que no le traspasó la posesión de la cosa vendida, como era su obligación.

Adviértase, no obstante —y no debo detenerme más en este punto— que lo que ocurre con frecuencia es que tampoco la Sala 1.^a maneja un concepto claro de traspaso posesorio o tradición. A veces ha negado que el otorgamiento de la escritura pública signifique traspaso posesorio, a pesar del texto del artículo 1462, II del Código Civil. Por estas vacilaciones, advertía yo antes que no importa lo que haya sucedido con la primera venta y, en concreto, no importa si hubo o no transferencia de la posesión. Como tampoco importa si hubo adquisición *a domino* o *a non domino*. Lo único que importa para el tercer adquirente —que es quien nos interesa cuando estudiamos el ámbito de la protección registral— es que se ha convertido en propietario.

De cuanto se ha escrito, se infiere que, en mi opinión, el artículo 1473, II, del Código Civil, no es sino el trasunto al Código del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y confirmación del criterio del artículo 606 del mismo Código (47). El 1473, II, está pensado para quien se acoge al sistema de protección registral: por eso inscribe su título en el Registro. Luego ha de entenderse en clave hipotecaria, es decir, en el ámbito de la apariencia jurídica, de la que la protección registral es, como hemos repetido varias veces, mera manifestación o modalidad, aunque sea la más característica.

El 1473, II, no hace sino expresar el juego de la apariencia jurídica: el que adquiere fiado en la apariencia, haya o no inmatriculación de la finca, según lo ya explicado, y concurriendo todos sus requisitos, adquiere la propiedad de la cosa inmueble vendida. Sin duda podría haberse redactado mejor o, mejor todavía, haberse suprimido, por innecesario, pero creo que su interpretación no deja lugar a dudas. No es cuestión de rapidez de movimientos: «el que antes la haya inscrito en el Registro». No: lo que importa es que haya inscrito, porque eso significa que no ha existido óbice para su inscripción: que se ha cumplido el principio del tracto sucesivo. En otras palabras, que el adquirente se cercioró de que podría inscribir porque el transmitente podía vender, por ser titular registral o por no serlo ningún otro, lo que arguye concurrencia del elemento material u objetivo —presupuesto básico— de la apariencia jurídica.

2. El segundo grupo de asuntos que encuentra solución satisfactoria, en mi opinión, con un entendimiento de la doctrina de la apariencia jurídica como el que defiendo, esto es, como mecanismo complejo de adquisición de derechos reales, sobre la base de un título válido más la concurrencia de los cuatro requisitos que integran la apariencia para que surta efectos, es el gru-

(47) En igual sentido, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 197.

po, digo, de los actos dispositivos realizados por el quebrado durante el período afectado por la retroacción de la quiebra.

Como es sabido el artículo 878, II, del Código de Comercio ordena: «*Todos sus actos (del quebrado) de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*». Y se comprende que semejante precepto ha de chocar frontalmente con la protección de la apariencia registral: quien adquiere del titular registral puede ignorar las dificultades económicas en que se halla; o no prever que vaya a ser declarado en estado de quiebra; y, mucho menos, que el Juzgado vaya a situar como *dies a quo* de aquel estado una fecha anterior a la de su contrato adquisitivo, de modo que éste entre de lleno en la tajante disposición antes transcrita.

Y no es menos sabida la vacilación constante en que se mueve al respecto el TS, a caballo entre el artículo 34 LH y el 878 del Código de Comercio, inclinándose ora por uno ora por otro.

El criterio mayoritario probablemente sea el riguroso de entender que la nulidad decretada por el artículo 878, II del Código de Comercio es absoluta y provoca, en cascada, la nulidad de todos los actos posteriores, esto es, no sólo la adquisición directa al quebrado sino también las subadquisiciones.

Afirma la STS de 22 de mayo de 2000 (A.N.º 3938): «...*Si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en seguida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra ... cuando esta Sala ha examinado recursos que directamente planteaban la presunta protección de los subadquirentes por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, su tendencia ha sido la de declarar como regla general la inoperancia de este precepto frente al rigor del artículo 878 del Código de Comercio ... en la doctrina de esta Sala, el acto de disposición de la quebrada en el período de retroacción constituye un vicio que afecta a las transmisiones posteriores...*» (48)

Frente a esta doctrina rigorista, hay otra más flexible que admite la validez del negocio, aun cuando se trate de acto directamente celebrado entre quebrado y adquirente, si queda probado «*que el negocio jurídico de enajenación no fue perjudicial para la masa de acreedores*» y concurre, claro es, buena fe en el adquirente. Así, la STS de 20 de septiembre de 1993 (A.N.º 6647), que invoca numerosos precedentes, en concreto la de 12 de marzo de ese año (A.N.º 1793), y que fue seguida por la de 11 de noviembre de 1993 (A.N.º 8960).

(48) Esta línea de pensamiento ya había sido seguida por las sentencias de 13 de julio de 1984 (A. 3980), 15 de octubre de 1991 (A. 8406), 20 de junio de 1996 (A. 5077), 28 de octubre de 1996 (A. 7434), 26 de marzo de 1997 (A. 2539), etc., etc.

Antes de pasar adelante, cáigase en la cuenta de que la primera doctrina, no es que sea rigorista o estricta, es que, sencillamente, incumple el artículo 34 de la LH. Que pueda haber una antinomia con el 878, II, del Código de Comercio, será una atenuante, pero no parece una solución técnicamente aceptable. El Ordenamiento debe considerarse un todo unitario y coherente, y antes de aceptar que existe una antinomia, una confrontación insalvable entre dos de sus normas, hay que agotar todas las posibilidades de interpretación conciliadora que sean posibles. Aparte de que es muy difícil admitir la justicia de una anulación de negocios con subadquirentes, que nada sabían ni podían saber de las vicisitudes que con posterioridad iban a ocurrir.

Y la solución que patrocinan las sentencias del segundo grupo tampoco es respetuosa con la legalidad vigente. No sólo es que sea discutible la interpretación reductora o restrictiva del artículo 878, II del Código de Comercio, lo peor es que no tiene apoyatura en los artículos de la LH que organizan la fe pública registral. En efecto, no puede aplicarse el artículo 34 LH, aunque las sentencias lo hagan, porque el adquirente del quebrado no es tercer adquirente sino parte del negocio adquisitivo, y entre partes rige el artículo 33 que, cabalmente, niega la posible convalidación de los negocios inválidos.

Hay una tercera línea doctrinal que es la que informa la STS de 14 de junio de 2000 (A.N.º 5286), que parece mucho más correcta y acertada. Se basa, como no puede de ser de otra forma, en la distinción, adquisición y subadquisición. Una cosa es el negocio entre quebrado y adquirente, que difícilmente podrá obviar la causa de nulidad establecida por el artículo 878, II, del Código de Comercio y, otra muy distinta, las enajenaciones sucesivas, las que el adquirente pueda hacer en favor de un subadquirente, y éste en favor de otro, y así sucesivamente, que con igual dificultad podrán obviar la tutela protectora del artículo 34 LH, por mucho que pese a la sindicatura de la quiebra. Leemos en la sentencia citada:

«...Aquí lo que sí se plantea es la relación con los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: aquél dispone que la inscripción no sana la nulidad y éste la protección del tercero hipotecario (principio de la fe pública registral). Debe advertirse que el citado artículo 878 dispone una nulidad de sus actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (sus) (sic) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la LH, al que se le aplica el principio de fe pública registral: en este sentido las sentencias de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993/1793), 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6647) y 28 de octubre de 1996».

Estas sentencias que se invocan no van exactamente en la misma línea, según lo expuesto. Más cercanas son las de 1 de febrero de 1974 (A.N.º 433) y 20 de mayo de 1988 (A.N.º 4325). Tampoco parece muy contundente el argumento gramatical del «*sus*», que la sentencia considera «*pronombre*» posesivo. Con «*sus*» o sin «*sus*», el acto nulo provoca la nulidad de todos los actos subsiguientes que traigan causa del nulo. Lo que ocurre es que la doctrina de la apariencia jurídica impide esta eficacia en cascada de la nulidad. Quiero decir que los subadquirentes están protegidos no por el 878, II del del Código de Comercio, sino por el 34 LH. Pero salvadas estas precisiones, sin duda, es la doctrina más correcta, a mi modo de ver, aunque no estoy seguro del optimismo que expresa la sentencia al asegurar que es la que «*ha impues-to*» en esta Sala.

El criterio de validez del acto adquisitivo que aquí venimos sosteniendo resuelve también, como anunciaba, este segundo grupo de supuestos. En las adquisiciones directas del primer adquirente al quebrado, el negocio (título) es nulo porque vulnera una prohibición legal (art. 878, II del Código de Comercio y 6.3 del Código Civil), luego no tiene cabida la doctrina de la apariencia jurídica que exige, como vengo repitiendo, la validez del negocio adquisitivo, y ello se mire a través del artículo 33 LH o del 34 LH. En cambio, en las subadquisiciones la doctrina tiene aplicación directa, porque el negocio de subadquisición es perfectamente válido, según los artículos 1261 y 1265 del Código Civil, lo que falla es el traspaso posesorio (modo) porque el vendedor no es dueño de la cosa enajenada que sigue perteneciendo al quebrado. Pero ese defecto es el que purga la aplicación de la apariencia jurídica o, si se prefiere, el artículo 34 de la LH.

Me parece un criterio seguro que sirve para decidir los casos controvertidos y que prescinde, por supuesto, de esa consideración tan evanescente como bien intencionada de que el acto dispositivo afecte o no, o perjudique, los intereses de los acreedores. En su abono, además, no puede dejarse de invocar el criterio legislativo más reciente: en efecto, el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, exige prueba del fraude en la constitución de la hipoteca, entre deudor y tercero, para provocar la declaración de nulidad de aquel negocio dispositivo, de modo que se deja a salvo al tercero que no hubiera sido cómplice del fraude.

3. Para terminar, examinaremos el último grupo de casos discutidos: los conflictos entre el embargo anotado y los actos dispositivos anteriores, no inscritos al tiempo de la anotación. Con estos supuestos, hay una particularidad que no se daba en los anteriores: se han producido unas modificaciones legislativas que han variado sustancialmente la cuestión, como tendremos ocasión de ver. Subsiste la cuestión de fondo, la duda sobre cuál de los actos antes indicados debe prevalecer, pero, al menos, con

los nuevos preceptos, se han suprimido los casos de más hiriente injusticia, a mi juicio; no mediante una solución de Derecho Sustantivo, sino de Derecho Procesal.

La doctrina tradicional era inequívoca: las anotaciones preventivas de embargo sólo gozaban de preferencia respecto a los créditos adquiridos con posterioridad a aquéllas, de suerte que cedían respecto a los anteriores y respecto a los actos adquisitivos de inmuebles celebrados antes de la anotación del embargo, aunque aquellos actos se inscribieran después de la anotación. Se pensaba que así debía ser en cumplimiento del artículo 44 de la Ley Hipotecaria que remitía al 1923-4.º del Código Civil: «*con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia... 4.º Los créditos preventivamente anotados... y sólo en cuanto a créditos posteriores*». «Y si el artículo 1923 otorga preferencia sólo en cuanto a los créditos posteriores, dejando a salvo los anteriores, es decir, a los titulares de un mero derecho de obligación, con mayor razón habrá que dejar a salvo las enajenaciones anteriores, o sea, a los titulares de un derecho real» (49). Acaso, esta interpretación ofrecida por LACRUZ para justificar la doctrina pudiera provocar algún reparo: no deben tratarse de igual modo derechos de crédito y derechos reales inmobiliarios porque estos últimos están sujetos, o al menos están llamados vehementemente, al régimen de publicidad registral. Sabemos que el régimen de inscripción no es obligatorio, pero, desde luego, quien lo desprecia habrá de atenerse a las consecuencias, bien conocidas y que no es preciso detallar ahora. Yo creo que fue más determinante en la consolidación de la doctrina expuesta, el concepto de embargo defendido en una monografía clásica y que los especialistas consideran difícilmente mejorable. Me refiero a la obra del profesor CARRERAS LLANSANA (50). El embargo, para este autor, no es sino una «actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución», de modo que no deben verse en aquél consecuencias sustantivas: engendra en el ejecutante una facultad meramente procesal, «sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes». El embargo, pues, no altera la sustancia del crédito para cuya satisfacción se practica, ni significa constitución de una garantía real. En otras palabras, los posibles conflictos habrán de resolverse aplicando las normas del Derecho Civil, sin interferencias del Derecho Registral.

Vamos a hacer un repaso muy somero de los argumentos de autoridad en favor de la doctrina tradicional expuesta porque tal vez, como antes señalaba la cuestión, hoy, deba plantearse en otros términos. Baste con citar a Díez-

(49) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 231.

(50) JORGE CARRERAS, «El embargo de bienes», Edit. Bosch, Barcelona, 1957, pág. 138.

PICAZO, entre los civilistas, y a ROCA-SASTRE, entre los hipotecaristas (51), como autores científicos. Por lo que hace a la jurisprudencia, agrupemos algunas sentencias, entre muchas, según los tres argumentos que ha venido utilizando:

- No puede embargarse una finca al deudor ejecutado, cuando resulta que ya no era de su propiedad por haberla enajenado antes de la traba, aunque el Registro continuara publicando su titularidad porque el comprador no inscribió su título adquisitivo. En este sentido: SSTs de 26 de febrero de 1980 (A.N.º 534), 31 de diciembre de 1982 (A.N.º 7476), 31 de octubre de 1983 (A.N.º 5849), 12 de diciembre de 1988 (A.N.º 9428), 10 de febrero de 1990 (A.N.º 676), 19 de noviembre de 1992 (A.N.º 9243).
- Ningún nuevo derecho adquiere el anotante del embargo, porque la traba no modifica la naturaleza de su derecho, convirtiéndolo en real. Es sólo un acreedor embargante. Así: SSTs de 17 de junio de 1992 (A.N.º 8374), 5 de octubre de 1993 (A.N.º 7463), 30 de diciembre de 1993 (A.N.º 9908), 2 de febrero de 1994 (A.N.º 861).
- El anotante carece de título inscrito, «a los efectos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria ... al que no puede equipararse la mera anotación preventiva efectuada...» (STs de 3 de noviembre de 1984) (A.N.º 5364).

También la Dirección General de los Registros y del Notariado mantuvo la indicada doctrina: Resoluciones de 16 de octubre y 13 de diciembre de 1974, de 5 de marzo de 1982, de 12 de septiembre de 1983. Veremos, sin embargo, que la DGRN incoó una línea de cambio que luego confirmó.

La doctrina expuesta, a mi juicio, no era convincente y, mucho menos, justa: Según esta interpretación, sucedía lo siguiente: El posible postor en subasta judicial, tras consultar el Registro, comprobaba que el deudor ejecutado era, en efecto, el titular registral. En esa creencia decidía acudir a la venta judicial. Pujaba y se le adjudicaba la finca subastada. Cuando conseguía su título adquisitivo y lo presentaba en Registro, podía encontrarse con que unos pocos días antes se había inscrito una escritura de compraventa, por la que el deudor, antes del embargo, había vendido a quien no había cuidado de inscribir su título hasta que se enteró —o le enteraron— de que se estaba ejecutando. En consecuencia, la finca ya estaba inscrita a nombre de persona

(51) Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 494. Este autor enfoca el asunto con mayor amplitud porque estima que es nota característica de las anotaciones preventivas la limitación de su eficacia: se produce el efecto negativo de la publicidad registral, pero no el efecto positivo. Por eso el anotante no puede considerarse tercero protegido por la fe pública.

ROCA SASTRE, *op. cit.*, tomo VI, pág. 433 y sigs.

distinta del deudor embargado, por lo que el Registro se cerraba al título del adjudicatario en la subasta, y eso aun cuando la anotación del embargo hubiera sido anterior a la inscripción de la compraventa. ¿Era justo?

- ¿Acaso el rematante no había actuado diligentemente, confiando en la publicidad registral montada por el propio Estado?
- ¿Acaso no significaba esa venta clandestina una especie de carga oculta para el acreedor ejecutante y para el adjudicatario? ¿Y no fue la erradicación de las cargas ocultas —bien que hipotecarias— la razón de promulgarse, principalmente, la Ley Hipotecaria de 1861?
- ¿Acaso semejante pantomima judicial, con el tiempo, dinero y esfuerzo exigidos por un procedimiento de ejecución, tras el proceso declarativo, podía dejar en lugar digno a los Tribunales de Justicia?

Algunos autores comenzaron a discrepar de la doctrina tradicional. Así ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, en 1986, y GARCÍA GARCÍA, en 1988, criticaron seriamente aquella opinión y defendieron la preferencia de la anotación preventiva (52). Puede consultarse la obra de GARCÍA, que se viene citando, para conocer la opinión de otros autores en la misma línea renovadora.

Las Resoluciones de la DGRN de 16 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989, en este ambiente de cambio y reforzamiento de la anotación y, en definitiva, del acreedor ejecutante, mantuvieron la doctrina de que «*producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida que es suyo, o sea, con la carga del embargo, a salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien*». La secuencia, pues, era: embargo, venta, anotación de embargo, inscripción de la venta. La Dirección General mantuvo que podía inscribirse el título del adjudicatario de la subasta, dimanante de embargo y posterior anotación, no obstante hallarse inscrita la venta, cuyo asiento habría de cancelarse.

Así las cosas, el Real Decreto de 13 de noviembre de 1992 modificó la regla 2.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, cuyo tenor literal queda como sigue:

«*Cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de*

(52) JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986.

JOSÉ MANUEL GARCÍA, *op. cit.*, pág. 757. Este autor, en la obra citada, de 1993, matiza su primera opinión: vid. pág. 768.

embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta...»

Conviene advertir que, en verdad, a la modificación indicada del Reglamento Hipotecario precedió la de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Por Ley 10/1992, de 30 de abril, se dio nueva redacción al artículo 1518 de la Ley de Enjuiciar, sobre cancelación de cargas posteriores a la que había originado la subasta y adjudicación. Pero la redacción nueva, a mi juicio, pudo haber sido más clara y precisa, como lo fue, unos meses después, la utilizada para la regla 2.^a del artículo 175 del RH. Por lo expuesto, en rigor, tal vez haya que decir que la modificación reglamentaria fue consecuencia de la modificación legal anterior, aunque aquélla resultara mucho más inequívoca y, por ello, interpretativa, incluso, del precepto procesal, sobre la base de que ambas normas querían decir lo mismo.

La inflexión legal parece evidente: esas enajenaciones clandestinas o no reflejadas tabularmente, por muy anteriores que hubieran sido a la anotación de embargo que, a la postre, acaba con una escritura de adjudicación —hoy basta con el auto de aprobación del remate— no impiden la inscripción del título adjudicatario, lo que lleva consigo la cancelación de la inscripción de la compraventa, inicialmente clandestina y que sólo llegó al Registro después de practicada la anotación de embargo. En todo caso, también parece claro que la preferencia se establecía en favor de la anotación, no en favor del embargo. No prevalece el embargo no anotado sobre la enajenación posterior —tesis de las Resoluciones últimamente citadas— o la anterior no inscrita, sino el embargo anotado sobre los actos dispositivos posteriores a la anotación o anteriores no inscritos.

Esta modificación legal inspiró inmediatamente la Resolución de 23 de marzo de 1993 de la DGRN. En contra del criterio del Registrador, que denegó la inscripción del testimonio de auto de adjudicación, por figurar inscrita la finca embargada a favor de persona distinta de la demandada, en virtud de escritura cuyo otorgamiento es anterior a la anotación de embargo, la DGRN accedió a la inscripción del testimonio, previa cancelación del asiento de inscripción de la compraventa. La Resolución comentada utilizó los argumentos que, más o menos, se venían utilizando por la doctrina innovadora, defensora de la mayor eficacia de las anotaciones: el descrédito de las ejecuciones judiciales, en otro caso; el injusto trato a que se sometería a los eventuales postores, si no podían fiarse de la información registral; el beneficio injustificado en favor de quien actuó negligentemente, si no maliciosamente, al no inscribir, a tiempo, su título adquisitivo; la utilización ilógica de la inscripción registral, utilizada precisamente como instrumento de inutilización de un embargo anteriormente anotado; y el cierre registral que provoca la prioridad registral, al anticiparse la anotación a la inscripción

de la compraventa. Este último argumento, a mí me parece más discutible, pero no podemos detenernos ahora en el asunto: distingue la Resolución de 23 de marzo de 1993, entre principio de prioridad y principio de fe pública, en el sentido de que el embargo anotado produce el cierre registral, si bien provisional, respecto de títulos incompatibles que lleguen después; mientras que si el título anticipado reúne los requisitos del artículo 34 LH, entonces goza de la fe pública y el cierre sería definitivo. Pero si es así, surge la duda de si en el caso, el anotante goza o no del amparo derivado de la fe pública, porque si su protección sólo es provisional y accede al Registro el título del rematante pero se derrumbará en el correspondiente juicio declarativo, en que se impondrá el título del comprador, no hemos ganado mucho. Desde luego, yo pienso que el anotante, como luego trataré de justificar, goza de una protección definitiva.

Y, así, llegamos al último hito de la evolución que estamos exponiendo someramente: la sustancial reforma que, en el orden procesal, ha introducido la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El artículo 594.1 ordena: *«El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»*. Pero entiéndase bien lo que el precepto dispone: No que en el conflicto entre embargo anotado y enajenación inscrita con posterioridad prevalezca el primero, frente a la tesis tradicional que prefería a la segunda, si el otorgamiento era anterior a la anotación, y, con mayor razón, si lo era al embargo. Lo que el precepto dispone es que el embargo anotado prevalecerá en todo caso si el comprador —*verus dominus*— no ejercitó a su debido tiempo la oportuna tercería de dominio (cfr. art. 596 LEC, sobre el momento procesal). Lo que la nueva Ley de Enjuiciamiento ha venido a prescribir es el ejercicio extemporáneo de la tercería o de la acción reivindicatoria o, todavía peor, el amparo concedido por el Registrador a ese comprador negligente que inscribe muy tarde, amparo consistente en negar el acceso registral al título adquisitivo del rematante, al constatar que, poco antes, se había inscrito la escritura de compraventa de ese comprador durante tanto tiempo clandestino. Pero la Ley Procesal no ha resuelto —no debía hacerlo— el problema sustantivo: ¿quién adquiere definitivamente, el rematante o el comprador? Dicho de otro modo, si el comprador ejercita en tiempo y forma la tercería de dominio, ¿se alza o no el embargo? Prescindiendo ahora de la polémica sobre la naturaleza de esta acción, es claro que el Juez dará la razón al tercerista si le considera dueño de la finca, en virtud de la escritura de compraventa inscrita después de haberse anotado el embargo. Y mantendrá el embargo, en cambio, si estima que, al final del procedimiento de apremio, el acreedor anotante o el

tercero que remate la subasta se convertirá en dueño de la finca embargada *a non domino*, por el juego de la apariencia registral. Pero el criterio de solución no es procesal, sino civil o sustantivo.

Importa, pues, precisar el resultado final de la evolución que hemos seguido, y que es el indicado, pero que no prejuzga el criterio final que haya de resolver la disputa entre el *verus dominus* y el tercer adquirente. Por esta razón parece excesiva la opinión de ERDOZAÍN, que hace suya LACRUZ en la última edición de sus Elementos, en el sentido de que con la nueva LEC «parece haberse impuesto definitivamente la teoría que otorga efectos absolutos al embargo anotado preventivamente frente a inscripciones o anotaciones posteriores (registralmente hablando) a aquélla que sirva a la ejecución» (53). Porque esto es verdad sólo si el comprador no ejercitó en tiempo y forma la tercería de dominio. Hay que reconocer que la nueva Ley ha recogido la sugerencia de GARCÍA GARCÍA, quien en efecto, en 1993, propuso que el conflicto no se resolviera en vía registral sino en vía procesal, de modo que el adquirente rezagado, que había permitido que se anticipara la anotación de embargo, sólo pudiera hacer valer su mejor derecho a través del ejercicio de la tercería de dominio (54).

Es llegado el momento de valorar las soluciones ofrecidas por el Derecho positivo a la luz de la doctrina de la apariencia jurídica que vengo utilizando y que como se recordará, estaba aplicando a varios grupos de asuntos polémicos, en la esperanza de que arrojará luz sobre ellos: vimos, en primer lugar, la doble venta; a continuación, los actos dispositivos del quebrado durante el período de retroacción. Tanto para unos como para otros, me pareció convincente y útil la doctrina de la apariencia jurídica. Vamos con el tercer grupo: el del conflicto entre embargos anotados y enajenaciones inscritas con posterioridad. Veamos si también puede servir la doctrina propuesta.

Lo que ahora nos interesa, según lo expuesto, es el criterio sustantivo que servirá al Juez para decidir la tercería de dominio. Con la nueva redacción de los artículos 594 LEC y 175.2 del RH, confirmado por el 674.2 de la LEC, si no se ejercita la tercería de dominio antes de dictarse el auto de aprobación del remate (art. 674.1 LEC), momento límite para la interposición de aquella acción, según ordena el artículo 596 de la Ley de Enjuiciar, es claro que el rematante adquiere una posición inatacable y puede inscribir su título en el Registro, a pesar de que, previamente, se hubiera inscrito una escritura de compraventa en favor de persona diferente del deudor ejecutado, y ello cualquiera hubiera sido el momento de celebración de la compraventa: antes o después del embargo, con tal que se hubiera inscrito después de la anotación

(53) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 233.

(54) GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 770.

del embargo. Inscripción que exigirá la cancelación de esa compraventa que llegó tardíamente al Registro (art. 674.2 LEC).

Sin duda, semejante novedad ha significado una mejoría importante para los rematantes, para la credibilidad de las ejecuciones judiciales. Al menos, se exige que el adquirente moroso haga algún acto de diligencia que compense su negligencia a la hora de inscribir su título de adquisición (55). En mi criterio, ahora, la regulación es más justa. Pero, ¿qué sucede si se ejercita la tercería de dominio? Por eso decía antes que nos interesa encontrar el criterio de solución de estos conflictos, el criterio que aplicará el Juez.

Antes de seguir, no será superfluo destacar que la solución procesal que venimos exponiendo no es sino aplicación directa de la doctrina de la apariencia jurídica que mantengo. El hecho de que no se haya ejercitado a tiempo la tercería no hace desaparecer el otro hecho de que se embargó cosa que no pertenecía ya al deudor, por lo que, al final de la ejecución, el rematante no adquiere del deudor sino *a non domino*. ¿Por qué, a pesar de ello, se mantiene en su adquisición al adjudicatario de la subasta? Porque confió en un presupuesto material u objetivo, conformado por la información registral y la misma actuación judicial, apto para ser creído por el postor. Y como además, concurrían los otros requisitos —el subjetivo, el formal y el negativo— que exige la doctrina de la apariencia jurídica para su aplicación, el rematante podía perfectamente invocar esta institución, cuya eficacia consiste en provocar los mismos efectos sustanciales —no son idénticos, pero sí en lo sustancial— que si la situación jurídica aparente hubiera sido real: si el embargo realmente hubiera recaído sobre cosa propiedad del ejecutado. Me remito a lo expuesto en el epígrafe anterior y a mi monografía ya varias veces invocada.

La cuestión, ahora, es: ¿vale la doctrina cuando se ha ejercitado la tercería? ¿Puede aplicarla el Juez en favor del acreedor anotante o del postor, acaso, pendiente de que se apruebe su remate?

En consideración a la Jurisprudencia actual —antes citada en medida relevante— y a la opinión mayoritaria de la doctrina científica, hay que decir que, en ese juicio de tercería de dominio, lo más probable es que se reconociera la propiedad del tercerista y se ordenara el alzamiento del embargo e, incluso, la anulación de toda una serie de trámites procesales y registrales posteriores, si la demanda de tercería se hubiera interpuesto hacia la terminación del procedimiento de apremio (56). Y los argumentos, aproximadamente, serían, como ya indiqué antes, los siguientes:

(55) Vid. GARCÍA GARCÍA, *ibídem*.

(56) No es el lugar apropiado para discutir si en juicio de esta clase procede hacer declaración de propiedad del actor o, solamente, ha de limitarse su objeto al mantenimiento o levantamiento de la traba.

- El rematante no puede adquirir por adjudicación judicial una finca que no pertenece al deudor ejecutado (*memo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Y no le pertenece porque la enajenó al tercerista, bien antes del embargo, bien después pero antes de la anotación de aquél.

El juicio es indiscutible desde la perspectiva del Derecho Civil: el deudor podía vender antes del embargo, naturalmente, pero también después porque la existencia de la traba no disminuye sus facultades dispositivas, aun cuando se concediera que la cosa se transmitiría gravada. Lo que sucede es que, cabalmente, toda la teoría de la apariencia jurídica es una excepción a la teoría general del Derecho Civil. Y la manifestación más característica y frecuente de la apariencia jurídica son las llamadas adquisiciones *a non domino*. Quiero decir que no cabe la extrañeza ante una adquisición de quien no es dueño, porque el fenómeno es perfectamente conocido en Derecho. De lo que se trata es de saber si tiene o no aplicación aquella doctrina excepcional: Tampoco es dueño el que vende en los supuestos de los artículos 464 del Código Civil o 34 LH, si adquirió en virtud de un negocio que posteriormente se anula y, a pesar de ello, el comprador no se ve afectado por la anulación y adquiere una posición inatacable.

- El acreedor embargante, incluso anotante, nada adquirió. Ni el embargo ni la anotación son una garantía real. Tampoco transforman la naturaleza del derecho personal o de crédito en otro real. En la línea de la enseñanza antes aludida del profesor CARRERAS, se afirma que el embargo es un acto judicial encaminado a asegurar la efectividad de la sentencia, pero que ni otorga algo nuevo al ejecutante ni afecta, sustancialmente, a la esfera patrimonial del ejecutado.

Tampoco acaba de convencerme el argumento. No es que no pueda mantenerse, es que, en mi opinión, también puede explicarse el fenómeno como la constitución —mediante el embargo y su toma de razón en el Registro— de una verdadera garantía real. En la constitución de la hipoteca, también encontramos un derecho de crédito previo, y, luego, viene el derecho real que constituye el dueño de la cosa dada en garantía. Pues con el embargo —puede explicarse— tenemos un crédito anterior y, luego, el Juez —la Ley: origen legal de los derechos reales; nada insólito— constituye una garantía real, como decía, de origen legal y no voluntario. No acabo de ver por qué se niega tan decididamente la existencia de una garantía real, en virtud de un título no contractual sino legal, a través de la resolución judicial que declara embargada la cosa, y de la correspondiente anotación en el Registro, que equivale a la inscripción de la hipoteca.

- El texto del artículo 1923-4.º del Código Civil, aplicable a los embargos anotados por remisión del artículo 44 de la Ley Hipotecaria: los créditos preventivamente anotados gozarán de preferencia «sólo en cuanto a créditos posteriores». En efecto, la doctrina viene entendiendo que esta ordenación significa que el embargo anotado cederá ante el crédito no anotado pero nacido de título anterior, y ante el derecho real nacido, igualmente, antes del embargo o incluso después pero antes de su anotación.

Sin embargo, semejante interpretación es cuestionable. ¿No sería más congruente en un precepto que está señalando los efectos de un asiento registral —que es lo que hace el art. 1923-4.º del Código Civil— entender que está dando por sentado el juego registral? O sea, el principio de prioridad, que es consustancial al Registro. Y si es así, la lectura que debe hacerse del precepto es «sólo en cuanto a créditos posteriormente anotados o inscritos». Pero no frente a los anteriores, sean créditos o derechos reales, si se mantuvieron fuera del Registro y, por ende, desconocidos para terceros.

- El anotante carece de título inscrito. Nada inscribe en el Registro, y el artículo 34 LH exige que el tercero «haya inscrito».

Pero me parece una reducción excesiva del término título. ¿No es un título el mandamiento judicial que ordena la anotación? ¿Y no se toma razón de ese título en el Registro?

Y frente a los indicados argumentos que no parecen, al menos a mí, decisivos, se alza el caso concreto que ya he recordado páginas atrás: el acreedor que, confiado en los datos registrales, sigue todo el procedimiento de apremio hasta pedir la adjudicación o hasta que un postor la pide y, justo antes de la aprobación de la venta judicial, se ve demandado en tercería de dominio por quien —siempre cabe la duda de que concurra malicia, retraso doloso en el ingreso de su título en el Registro— lleva meses, acaso años, con una escritura de compraventa que no inscribió, y que acaba de inscribir, y que ha provocado el engaño del ejecutante quien, de haber conocido esa compraventa ni habría embargo ni mucho menos habría seguido la vía de apremio.

No me parece justa la solución que se viene defendiendo por la doctrina dominante y la jurisprudencia. Por el contrario, también en este tercer grupo de supuestos, entiendo aplicable la doctrina de la apariencia jurídica, que permite llegar, en mi opinión, a soluciones más justas.

De nuevo, reitero que creo posible la construcción de una doctrina general de la apariencia jurídica, por vía de inducción, a partir, pues, de diferentes normas aisladas que se encuentran en nuestro Derecho Positivo, entre ellas, los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. De ahí que, en trance de decidir si es o no aplicable la aludida doctrina, lo que importa es si se cumplen o no

los requisitos que, con carácter general, constituyen sus presupuestos; y no hay que fijarse en un precepto concreto cuya interpretación puede ser más discutible. Sentado lo anterior, yo defiendo que también en estos supuestos el anotante del embargo o el rematante de la subasta merecen el tratamiento de terceros adquirentes; que merecen beneficiarse de la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica y, por ende, consolidar su adquisición, como si el deudor ejecutado, del que trae causa su adquisición, hubiera sido realmente el dueño inmediatamente anterior de la cosa. Sabemos que la eficacia propia de la apariencia jurídica es la de provocar, en lo sustancial, aquellos mismos efectos que se hubieran provocado si la situación jurídica base hubiera sido regular.

El presupuesto material u objetivo —que es el primer requisito, según se indicó más arriba, de la doctrina— concurre, en mi criterio, con toda nitidez: el acreedor consulta el Registro para embargar al deudor; es más, acaso, lo consultó antes de convertirse en acreedor, cuando, por ejemplo, estaba pensando en concederle el préstamo, y lo concedió fiado en la solvencia económica que se infería de la información registral. Embargada la finca, consigue la anotación preventiva del embargo, previa liquidación fiscal del mandamiento. Y continúa el procedimiento de apremio: tasación, previo pago, de la finca; publicación, previo pago, de los anuncios de la subasta ... No sólo, pues, ha confiado en lo que decía el Registro; es que también viene confiando en el Juzgado, en el procedimiento judicial establecido por el Estado para la satisfacción de su derecho. Creo que es más que suficiente para dar por cumplido este primer requisito. Y si, además concurre el segundo, que es el elemento moral o subjetivo y que arguye el engaño padecido por ese acreedor, en concreto, al tomar por real lo que sólo era aparente, pero cuya falsedad él ignoraba; y el tercero o formal, porque adquiere a título oneroso; y el cuarto o negativo, porque ningún precepto excluye expresamente su adquisición; entonces, se estarán dando todos los requisitos para que, sin recelo, pueda aprovecharse de los efectos beneficiosos para él de la doctrina de la apariencia jurídica.

En conclusión, también en este tercer grupo de supuestos, la doctrina que invocamos sirve para amparar una adquisición *a non domino*, exactamente igual que las previstas en los artículos 464 del Código Civil o 34 LH, y por las mismas razones de justicia material que justifican aquéllas, si no mejores, porque en estos supuestos, probablemente, el único responsable de la adquisición irregular es el mismo que la sufre: él, por su incuria o dejadez, no inscribió a tiempo su título adquisitivo, y esa omisión es la que provocó la aplicación final de la doctrina de la apariencia jurídica.

CAPÍTULO VI. RECAPITULACIÓN FINAL Y VERIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO

A lo largo de las páginas precedentes se ha recurrido, siempre que se ha considerado necesario, a la doctrina jurisprudencial. Se pretende ahora, en este último capítulo, confrontar las conclusiones doctrinales obtenidas y expuestas en los capítulos anteriores con las soluciones ofrecidas por la Jurisprudencia. Conseguiremos, por un lado, recapitular; por otro, verificar la coincidencia o no entre nuestras propuestas y aquellas soluciones, dejando a juicio del lector si los resultados de este trabajo pueden o no servir para confirmar o rectificar, en lo menester, la doctrina jurisprudencial.

a) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 33 LH

Sin originalidad en cuanto tiene de afirmación teórica, hemos visto que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria sólo resulta aplicable *inter partes*. O, dicho de otro modo, sólo se considerará y se aplicará cuando una de las partes del negocio adquisitivo de un derecho real inmobiliario, inscrito en el Registro, impugne ese negocio frente a su contraparte. Pero nunca se invocará ni aplicará cuando quien no fue parte en tal negocio pretenda conseguir su declaración de ineficacia para hacer valer su propio derecho. Un tercero, con apoyo en el artículo 33, no puede pretender la ineficacia del negocio en que no intervino ni obtener la cancelación del asiento que el negocio originó. No estoy seguro de que cuando se dice que este precepto sólo despliega su eficacia entre las partes todos entiendan lo mismo que acabo de escribir.

El asunto puede comprenderse bien a propósito de los actos dispositivos de la quiebra durante el período de retroacción de la quiebra, a saber:

Enajenación directa de la quiebra a su comprador

En tales casos, es una parte la que impugna el negocio que realizó con la otra: la quiebra, a través de la sindicatura, impugna la compraventa frente a su directo comprador. La procedencia del artículo 33 es indiscutible: por mucho que esa escritura de compraventa se haya inscrito, el vicio de nulidad que afectaba al negocio, ex artículo 878, II, del Código de Comercio, no se purga ni desaparece. La compraventa era nula y no existe razón alguna para que entre en juego el mecanismo de la fe pública registral, reservado para proteger a terceros, y el comprador no fue tercero sino parte.

Enajenaciones del comprador de la quebrada a subadquirentes

En estos casos, el subadquirente es un tercero respecto a la primera enajenación. Por tanto, es un error manifiesto destruir su título invocando el artículo 33 de la LH. El subadquirente es un tercero, por lo que hay que traer a colación la doctrina de la apariencia jurídica y verificar si concurren o no todos sus requisitos. Si concurren, se le amparará. Si no, decaerá su adquisición. Por ejemplo: el subadquirente conocía la nulidad de la primera enajenación o no inscribió su título o adquirió a título gratuito, etc.

Lo que no se puede hacer es considerar al subadquirente parte y no tercero. ¡Claro que es parte! Pero en el segundo negocio: ¡En ese negocio todo tercer hipotecario es parte! ¡Todo tercero es simultáneamente parte! Es parte en su negocio adquisitivo y es tercero respecto al negocio del que trae causa. Pero si cuando lo que se discute es la validez o no del negocio primero, consideramos al subadquirente parte porque lo fue en el negocio segundo, a fin de poder aplicarle el artículo 33 LH, estamos subvertiendo el sistema. No vale decir que se aplica el 33 cuando queremos negar protección al subadquirente, y afirmar que se aplica el 34 cuando queremos otorgárselo, porque en eso consiste el uso alternativo del Derecho y, desde luego, así, es imposible, *a priori*, atisbar el sentido que pueda tener la sentencia, que es parte del principio de seguridad jurídica.

Veamos ejemplos del confusionismo que se denuncia:

1. La vacilación ya denunciada, a propósito de las enajenaciones del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra (57). Si se acepta como afirmación definitivamente sentada que el artículo 33, sólo despliega efectos entre las partes del negocio —cuando una impugna frente a la otra—, desaparecerá cualquier recelo para mantener y dejar indemnes las subadquisiciones. Repárese en que el artículo 878, II del Código de Comercio no puede enervar el juego de la apariencia jurídica.

No puede querer significar nada distinto a cualquier otra causa de nulidad: cualquier otro negocio nulo entre las partes puede, en cambio, servir de presupuesto para una adquisición posterior en que una de esas partes vende, a su vez, a un tercer adquirente de buena fe. No hay nulidades más intensas y otras menos intensas. Lo que ha confundido a la Jurisprudencia, en mi opinión, no es tanto ese artículo 878 del Código de Comercio como su conexión con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

2. Paralela desorientación sufre el TS en otro buen grupo de asuntos, a los que también hemos hecho alusión ya: las adjudicaciones judiciales de

(57) Véase el capítulo precedente, si se desea consultar resoluciones judiciales concretas.

fincas embargadas y subastadas en procedimiento, posteriormente, declarado nulo por vicio grave formal. Por ejemplo, se omitió la notificación al deudor embargado, o se hizo, pero no en la forma debida. Pues bien, ¿qué ocurre con la adquisición del rematante? En la gran mayoría de ocasiones, la Sala 1.^a entiende que el vicio procedimental derrumba la adjudicación: Lo grave es que no distingue, según quién sea el demandante, que es lo decisivo, a mi juicio. En efecto, cuando es el mismo deudor —o sus herederos— quien impugna frente al rematante, estamos en el ámbito del artículo 33: el vicio de nulidad observado en esa relación *inter partes* no se sana por la inscripción y puede invocarse por la parte perjudicada como fundamento de su pretensión anulatoria. Así, con toda corrección, la STS de 24 de octubre de 1994 (A.N.º 7680), o la de 25 de julio de 1996 (A.N.º 5572). En cambio, no creo que pueda darse la misma respuesta anulatoria cuando es una persona ajena a la relación *inter partes* la que demanda. Por ejemplo: el comprador del deudor, antes del embargo o después, que no inscribió su título adquisitivo. El procedimiento de apremio sigue su curso, y cuando el rematante se ha adjudicado en subasta la finca, aparece aquel comprador esgrimiendo su título y solicitando la anulación de la subasta. El TS afirma que en este caso también se aplica el artículo 33 porque estamos ante un acto inválido y que no puede sanarse por la inscripción. Así, en las sentencias de 23 de mayo de 1989 (A.N.º 3878) o de 8 de marzo de 1993 (A.N.º 2052). En mi opinión, en estos casos no procede aplicar el artículo 33 por la sencilla razón de que el demandante no es una de las partes del negocio impugnado, lo que significa que el adjudicatario tiene la cualidad de tercero respecto de aquella compraventa, no inscrita en su día, celebrada entre deudor y ahora demandante. En estos casos, hay que superar el artículo 33 —la solución de Derecho sustantivo— y penetrar en el ámbito de la apariencia jurídica, para comprobar si ese adjudicatario o rematante puede o no invocar en su favor los efectos de aquella institución. Y la verdad es que en los casos de las sentencias citadas —y de otras análogas— concurrían todos los requisitos para aplicar la protección de la apariencia, por lo que el error del TS, en tales supuestos, produce resultados, en mi criterio, injustos.

Incluso cuando acierta en la Resolución, la Sala 1.^a lo hace por intuición, siendo así que la distinción que vengo defendiendo entre los artículos 33 y 34, reservando el primero, exclusivamente, para las impugnaciones entre las partes, proporcionaría un criterio seguro e inequívoco. En el caso de la STS, de 13 de abril de 1993 (A.N.º 2999), también el rematante adquiere en virtud de un procedimiento de apremio viciado. También aquí hay un tercer comprador del deudor —bien que en documento privado, pero cuya autenticidad nadie discute—. Según su doctrina tradicional, el TS debió anular la adjudicación ante la reclamación del *verus dominus*. Pues no. Incluso afirma algo tan incongruente con su criterio como que el rematante «adquiere a virtud del

mecanismo de la subasta pública». ¡Obvio! Pero lo mismo que en todas las ocasiones en que no tiene empacho en anular la adjudicación. ¿Qué ocurre para este cambio de criterio? Pues que la finca, entre tanto, había sido vendida por el rematante a otra persona. Y a la Sala debió parecerle excesivo no sólo desconocer la adjudicación del rematante —como suele hacer— sino incluso también la compraventa del subadquirente. Pero es que asegura que en el adjudicatario concurrían los requisitos del artículo 34 LH, frente a ese comprador clandestino, cosa que es verdad, pero que olvida en casos análogos, según lo dicho. En efecto, éste es el camino pero sería deseable aclarar las cosas en pro de la seguridad jurídica, y haber dicho en esta sentencia: como el demandante no fue parte en el negocio que impugna, no procede aplicar el invocado artículo 33 LH, que sólo puede esgrimirse por quien ostentó aquella cualidad. Descartado este precepto, lo que hay que examinar es si el demandado merece o no la protección que deriva de la apariencia jurídica, y como quiera que en él concurren todos sus presupuestos o requisitos, debe ser protegido y mantenido en su adquisición.

También me parece correcta la solución que se dio en la STS de 25 de octubre de 1991 (A.N.º 7239), pero, de nuevo, hay que advertir que resulta contradictoria con la doctrina que mantiene la Sala en los casos de adjudicación por subasta (58). En el supuesto aludido, se declaró válida una hipoteca constituida por quien no era propietario: había vendido a favor de quien, como siempre en estos casos, no había inscrito y aparece luego alegando su título de propiedad frente a quien había obrado en conformidad con la apariencia registral, en este caso, el acreedor hipotecario. El TS dice que este acreedor está amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo. No procede aplicar el artículo 33 porque quien reclama no fue parte en el negocio que pretende anular; luego hay que desplazarse hacia el ámbito del artículo 34 y ver si concurren los tan aludidos requisitos de la apariencia jurídica. Pero ¿por qué no se actúa igual ante la reclamación de ese comprador clandestino frente al rematante en una subasta pública judicial?

3. Finalmente, mencionaré un tercer grupo de asuntos que podrían resolverse sin vacilaciones ni explicaciones crípticas, si se entendiera bien el significado del artículo 33 de la LH. Me refiero a las llamadas dobles ventas, también vistas anteriormente. Ante la doble enajenación, mi criterio es claro: ante la realidad la segunda enajenación que, por hipótesis, es la inscrita, sólo las partes de ella pueden impugnarla, sobre la base de que no puede cumplirse con la obligación de entrega, al haber sido ya vendida y entregada la cosa al

(58) Cabría ofrecer alguna explicación no jurídica o, por mejor decir, metajurídica. El TS ve con recelo a los rematantes. ¿Estará pensando en los subasteros? No constituyen, ciertamente, una categoría de personajes simpática, pero la dogmática jurídica no se puede hacer depender de estas circunstancias.

primer comprador. Entre ellos, rige con toda energía el artículo 33 y la inscripción no será óbice para el éxito de la impugnación. Quien no podrá impugnarla invocando el artículo 33 será el primer comprador, por carecer de esa cualidad de parte. El primer comprador sólo podrá actuar contra el segundo, inscrito, pretendiendo del Tribunal que declare no merecer este segundo adquirente la protección de la apariencia jurídica, por no concurrir en él todos los requisitos del instituto. Si lo consigue, tendrá libre el acceso registral, como consecuencia de la anulación de la segunda compraventa y cancelación del correspondiente asiento.

En mi opinión, este es un criterio bastante más seguro que el de la tortuosa distinción en que se ha metido el TS entre doble venta y venta de cosa ajena, según se haya o no consumado la primera, que no sabemos lo que quiere decir casi nunca porque la primera casi siempre se celebró en escritura pública, por lo que el TS acentúa el malabarismo jurídico para negar que hubiera entrega de la cosa en la primera venta, no obstante lo dispuesto en el artículo 1462, II del Código Civil.

b) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 32 LH

No creo pecar de exageración si afirmo que la Sala 1.^a del TS no sabe qué hacer con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Bien es verdad que tampoco la doctrina científica está muy convencida de que el precepto sirva para algo. En todo caso, hay que reconocer que poca ayuda brinda aquélla a los tribunales, en su labor de comprensión, interpretación y aplicación del precepto.

Si no me equivoco, no existe una sola sentencia en la jurisprudencia del TS que estudie el artículo 32 LH, bien para aplicarlo, bien para rechazar su aplicación. Sólo se le cita, *ad pompam vel ostentationem*, junto con el 34, englobados ambos en la fe pública registral. Y, en mi opinión, es un proceder muy correcto, como ya he tenido ocasión de sostener, y recordaré muy brevemente a continuación, pero, claro, si se ofreciera, alguna vez, la razón de citarlos juntos, cosa que jamás se ha hecho por el TS. Repito, se invocan uno detrás de otro, pero, en verdad, el único con el que juegan es el 34.

Sólo conozco una sentencia en que se hable directamente del artículo 32, pero no como *ratio decidendi* sino *incidenter tantum*. En la de 8 de mayo de 1982 (A.N.º 2559), que señala: «*el tercero del artículo 32 no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa este artículo, pero sí precisa, por el contrario, haber adquirido de buena fe...*»

En un caso en que parecía evidente la aplicación del artículo 32, el TS ¡aplica su espíritu pero lo ubica en el artículo 34! Me refiero a la STS de 7 de febrero de 1997 (A.N.º 663): A dona a sus hijos una finca; éstos no

inscriben. A vende, posteriormente, esa finca a una S. A., que inscribe. Los hijos demandan la nulidad de la venta. El TS rechaza, naturalmente, la pretensión, y afirma que la S. A.: *«es auténtico tercero respecto al contrato antecedente de transmisión que no tuvo acceso al Registro (la donación de doña A. a sus hijos), de forma que queda protegida por el principio de inoponibilidad, y para negarle la subsunción en el artículo 34 de la LH ha de hacerse nuevamente supuesto de la cuestión o analizar y valorar de nuevo la prueba, que es lo que pretende la recurrente...»*. Pero, el principio de inoponibilidad se recoge en el artículo 32; no en el 34. Otra cosa es que la aplicación del 34 también lleva al mismo resultado, como suele suceder en la mayor parte de las ocasiones en que resulta aplicable el 32, pero entonces no sería en virtud del principio de inoponibilidad —lo no inscrito no perjudica a tercero—, sino en virtud del principio de fe pública —el que adquiere en conformidad con la información registral es mantenido en su adquisición—. Lo que quiero significar es la vacilación en torno al precepto que nos ocupa ahora.

Citaré, finalmente, otras dos sentencias para confirmar este estado de incertidumbre. Tanto en la de 31 de octubre de 1983 (A.N.º 5849), como en la de 27 de diciembre de 1983 (A.N.º 7008) —son antiguas, pero como decía, no se encuentran Resoluciones que estudien directamente el art. 32 LH—, el recurrente invoca como infringido el precepto en cuestión, y en ambas la Sala desvía la atención del artículo y desestima el motivo sin contestarlo, por medio de un rodeo bastante clamoroso. También es verdad que la confusión en derredor del repetido precepto alcanza, como no podía ser menos, a los abogados, de suerte que, si bien se invoca el artículo, luego la argumentación *«resulta ayuna de claridad y precisión»*.

Me remito a la opinión, ya sustentada en el capítulo IV, de que lo importante no es el artículo 34 o el 32, ni la famosa polémica sobre si hay un tercero, dos o doscientos. Lo que importa, en mi criterio, es que existe una teoría general en Derecho Civil —que ciertamente tiene su mayor campo de aplicación en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral—, que es la de la apariencia jurídica, según la cual, si concurren determinados requisitos, se atribuyen a una situación, acto o negocio jurídico inválido los efectos típicos que corresponderían a aquel acto o negocio si se hubieran realizado regularmente. Por esto señalaba antes que es acertada la invocación conjunta de los artículos 32 y 34 LH, pero siempre que se explique. En mi opinión, uno y otro vienen a integrar el presupuesto fáctico u objetivo de la apariencia: el 32, en su modalidad negativa, de no inscripción; y el 34, en la positiva de inscripción. Pero ambas son realidades en que puede apoyarse el tercer adquirente: la ausencia de inscripción puede ser tan significativa como su existencia. No hay inconveniente en aceptar la mayor intensidad de la segunda, pero eso sólo exige mayor rigor en la exigencia de que concurra el segundo requi-

sito de la apariencia jurídica: el elemento moral, la constatación del estado subjetivo de quien se apoya en esa falta de inscripción.

La utilización de la doctrina propuesta, que da el valor que le corresponde al artículo 32, al aceptar que la falta de inscripción —o de inmatriculación— puede servir de base para proteger al tercero, constituiría, a mi juicio, un criterio sólido para resolver casos en que la jurisprudencia vacila.

Así, volvamos a las llamadas dobles ventas. Ya vimos en el epígrafe anterior que cuando reclama el primer comprador no hay que estudiar si procede o no la aplicación del artículo 33, ante su pretensión de nulidad de la segunda venta: no fue parte en este negocio. Otra cosa es que ese demandante afirme que el segundo comprador no mereció la protección que se concede a la apariencia jurídica. Entonces, se sitúa el debate en sus justos términos. Porque el segundo comprador inscrito alegará, con toda razón, que a él no se le puede oponer el título no inscrito del actor e invocará el artículo 32 LH. Y eso se trata de finca inmatriculada o no, que es indiferente. Entonces, el Tribunal tendrá que examinar si en el segundo comprador concurren los requisitos de la doctrina tantas veces nombrada, siendo, en principio, la falta de inscripción o de inmatriculación el primer presupuesto fáctico en que se apoyó el segundo comprador. Como ya dije, éste es el sentido en que debe entenderse, en mi criterio, el artículo 1473, II del Código Civil.

Hay que reconocer que, como es habitual, el TS acierta en la solución de este grupo de casos, y mantiene la adquisición del segundo comprador. Pero como no sabe exactamente por qué, corre el riesgo de equivocarse.

El otro grupo de supuestos litigiosos, que también creo recibirían un tratamiento más justo, si se aceptara la solución propuesta, es el de las anotaciones preventivas de embargo, también tratadas más arriba. De nuevo, a mi modo de ver, habría que dar todo su valor al artículo 32 LH y negar amparo jurídico al adquirente que no inscribe su título, frente al acreedor que embarga, anota y sigue el procedimiento de realización de la cosa. Este acreedor, o el rematante en la subasta, puede invocar, en su abono, la inoponibilidad del título no inscrito, y si, además, concurren todos los demás requisitos de la apariencia jurídica, debe ser mantenido en su posición. Y así, no se produciría la incoherencia ya denunciada, cuando se niega esta eficacia a la anotación preventiva de embargo y, en cambio, se reconoce al negocio de constitución de hipoteca por quien ya vendió la finca hipotecada, a un comprador que, como el de antes, no inscribió. En el supuesto, por ejemplo, de la STS de 25 de octubre de 1991 (A.N.º 7239).

c) EL JUEGO DEL ARTÍCULO 34 LH

Como es de suponer, éste es el artículo que menos perplejidad ha provocado en la práctica forense, por ser el mejor conocido y el más utilizado. Otra cosa es, como vengo advirtiendo, que me parece equivocada la importancia excesiva que se le da, cuando se le considera como definidor por sí solo de la apariencia registral, siendo así, en mi opinión, que integra pero no agota el contenido de la apariencia jurídica.

Por lo demás, la mayor dificultad que ha encontrado la Jurisprudencia en la aplicación de este artículo procede de la necesidad de su deslinde con el artículo 33 LH, tarea que, ciertamente, no consigue realizar. De nuevo, la cosa no suele tener graves consecuencias por el sentido intuitivo de justicia del TS, pero no se evidencia un fundamento sólido, un criterio seguro de actuación.

Repito que no vale el juego coordinado entre ambos artículos, 33 y 34, de manera que la exclusión de uno conduzca a la observancia del otro —que es lo que cree el TS—, porque sus ámbitos subjetivos son diferentes. Dicho de otra manera, dado un pleito determinado, girará en torno a la aplicación de uno u otro precepto, pero no pueden invocarse los dos, ni estudiarse los dos, ni aplicar uno como consecuencia del rechazo del otro. Me explico.

Si uno de los contratantes demanda al otro la nulidad del negocio celebrado entre ellos, ya inscrito, el asunto se ventilará según las normas del Derecho Civil, sin que tengan nada que hacer las del Derecho Inmobiliario Registral. Esto es lo que quiere decir el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Cuando un contratante demanda al otro, el artículo 34 no resulta invocable, ni aplicable. En cambio, las SSTs de 10 de julio de 1984 (A.N.º 3844) y 24 de noviembre de 1984 (A.N.º 5658) pierden esta correcta perspectiva: en ambos casos un vendedor demanda a su comprador por simulación absoluta de contrato y en ambos casos el TS anula el contrato ya inscrito porque no considera aplicable el artículo 34 LH al entender que no hubo buena fe en el comprador. Grave error ... ¿y si hubiera habido buena fe? El contrato, en efecto, era nulo pero no ex artículo 34, sino pura y simplemente por Derecho Civil (art. 1261 del Código Civil), de obligada aplicación por mandato del artículo 33. Lo que no vale decir, por su confusionismo, es que como no procede aplicar el 34... cobra toda su fuerza el 33, que declara insanables los vicios del negocio. O sea, el 33 es un comodín que se utiliza o no según el TS vea o no procedente la aplicación del 34.

Hay que poner en claro, definitivamente, que sobre el artículo 34 LH sólo se discute si es un tercero ajeno al contrato inscrito el que pretende su anulación. Ese demandante, por ejemplo, el primer comprador es un caso de doble venta, el *versus dominus* en un caso de adjudicación por subasta de una finca de aquél, al demandar al segundo comprador o al rematante no se le

ocurrirá traer a colación el artículo 33, entre otras cosas, aparte de ser tercero ajeno a esa relación, porque el negocio inscrito es perfectamente válido en Derecho español, en que el vendedor no tiene por qué ser dueño de la cosa vendida. Lo que pretenderá, adelantándose a la defensa del demandado, es que éste no merece la protección que proporciona el artículo 34 LH, a quien adquiere confiado en el Registro, que es lo que aparentemente ha sucedido: aparentemente, porque el actor podrá probar que en el demandado falta alguno de los requisitos que se exigen para poder aplicarse la institución de la apariencia jurídica.

Entre otras, podemos fijarnos en la STS de 27 de febrero de 1995 (A.N.º 1650) para comprender mejor el desconcierto jurisprudencial: La promotora vendedora modifica unilateralmente la escritura de declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal, de suerte que convierte en locales independientes los que, inicialmente, eran elementos comunes. La Comunidad de Propietarios acciona contra promotora y adquirentes. Se prueba que los adquirentes eran sabedores de la maquinación de la vendedora y compraron a sabiendas de las modificaciones irregulares en la propiedad horizontal que se habían realizado.

Si aplicamos los criterios que propongo, la cosa es clara: los adquirentes no pueden ampararse en el artículo 34 porque no concurre uno de los requisitos de la apariencia jurídica. Y no hay que meterse en si fue o dejó de ser válido, según el Derecho Civil, el negocio adquisitivo, a los efectos del artículo 33. ¿Qué dijo la Sala 1.^a? La Sala acierta en apoyar su fallo en la mala fe de los adquirentes, pero no, a mi juicio, en la argumentación: cree que la mala fe invalida el acto adquisitivo, lo que impide la aplicación del artículo 34 y exige la del 33. Leemos: *«El motivo procede ser estimado al no converger la protección que se denuncia del artículo 34 LH, pues su aplicabilidad exige la validez jurídica del acto adquisitivo y de reputarse nulo ha de estarse al artículo hipotecario 33, y la declaración de nulidad alcanza al adquirente por su **participación decidida en el acto ineficaz**, y no se obtiene así la protección de la fe pública registral»*. Lo que ocurre es que esa mala fe —es una forma de hablar— no vicia el acto adquisitivo, porque vendedora y adquirentes estaban perfectamente al tanto de lo que habían hecho y estaban haciendo: ¡Un tercero no puede impugnar el negocio de otros dos, so pretexto de que han actuado de mala fe! Lo que sí puede decir es que han vulnerado una norma imperativa y que su vulneración le ha lesionado; y ante la alegación del adquirente de desconocer esa vulneración, probar que la conocía. Claro que el TS hace justicia en el caso, pero a costa de la dogmática. Y eso es arriesgado.

d) REPASO FINAL

Concluamos con un repaso final de los tres personajes que intervienen en los litigios registrales sobre bienes inmuebles. Ante el negocio inscrito pueden presentarse dos tipos de demandantes para impugnarlo:

- a) Una de las partes que lo celebraron. Rige entonces en toda su pureza el Derecho Civil, como ordena el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.
- b) Un tercero, esto es, una persona ajena, por no haber sido parte al negocio inscrito, pero que es titular de un derecho incompatible con el publicado por el Registro, de modo que para su validez y eficacia se exige la anulación del negocio inscrito. Este actor, primero, tendrá que justificar la validez y preferencia de su derecho frente al inscrito, según las normas sustantivas. En segundo lugar, habrá de probar que no hay óbice desde la doctrina de la apariencia jurídica para afirmar aquella preferencia porque su oponente no reúne todos los requisitos que aquella doctrina exige. Esto es, utilizando la terminología al uso, que no está protegido por el artículo 34 de la LH.

En tales supuestos, el demandado, por contra, se defenderá acreditando que sí está protegido por la apariencia jurídica, lo que, como sabemos, es cosa más amplia que decir que está amparado por el artículo 34, porque puede alegar en su favor, también, el artículo 32 de la LH.

De este modo, entiendo que quedan definidos los respectivos ámbitos subjetivos de estos tres tortuosos preceptos, al tiempo que queda relativizado el famoso —con inmerecida fama— concepto de tercero hipotecario. Lo que importa en el demandante es ser tercero civil —no haber sido parte en el negocio que se impugna— o ser parte de ese negocio, a los efectos de orientar la estrategia procesal. Y en el demandado, merecer o no la protección de la doctrina de la apariencia jurídica (59).

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

(59) En el lenguaje al uso, a quien merece esta protección se la llama tercero hipotecario, sin que el nombre signifique mucho, porque será tercero respecto al negocio en que se apoya el actor, pero es parte respecto al negocio inscrito, que es en el que intervino.

Este confusionismo, al no separar los ámbitos subjetivos propios de los artículos 33 y 34 LH e insistir en manejar el concepto de tercero hipotecario, ha obligado a la Sala 1.^a a acuñar una doctrina, que repite con ocasión y sin ella, realmente de difícil aprehensión porque casi es un trabalenguas, que le sirve, por lo general, para llegar a resultados justos, a los que se llegaría, siempre, con los criterios que yo propongo.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil*, III, vol. 2, 8.^a ed., Boch, Barcelona, 1994.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Edit. Civitas, Madrid, 1986.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 30 de noviembre de 1998, en el acto de su ingreso y recepción.
- BUSTOS PUECHE, J. E.: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Edit. Dykinson, Madrid, 1999.
- CARRERAS LLANSANA, J.: *El embargo de bienes*, Edit. Bosch, Barcelona, 1957.
- CARRETERO GARCÍA, T.: «Retornos al Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1965, pág. 75.
- CHICO ORTIZ, J. M.²: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 4.^a ed., Edit. M. Pons, Barcelona, 2000.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Edit. Librería General, S. A., Zaragoza, 1986.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, I, Edit. Civitas, Madrid, 1984.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Edit. Civitas, Madrid, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Edit. Civitas, Madrid, 1995.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*, tomo 3.º, vol. 1.º, 3.^a ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1971.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Edit. Civitas, Madrid, 1993.
- GÓMEZ GÓMEZ, M.: «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 558.

Esa doctrina reza así:

«...Por tanto, la cualidad de “tercero hipotecario” no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues como el mismo autorizado sector de la doctrina científica establece, si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero, pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca, ...habida cuenta de que el contenido registral por el que entra en juego la protección que el artículo 34 LH dispensa, no deriva del asiento por el que el “adquirente” constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con presunción iuris et de iure que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro...», SSTs de 7 de diciembre de 1987 (A.N.º 9280) y 23 de mayo de 1989 (A.N.º 3878), entre otras muchas que repiten exactamente estos párrafos.

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principios Hipotecarios*, Edit. Sáez Hermanos, Madrid, 1931.
- *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídica inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *ADC* 2001/I, pág. 5.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: *Introducción al Derecho Hipotecario*, Edersa, Madrid, 1970.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III bis., Edit. Dykinson, Madrid, 2001.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo 5.º, Edit. Trivium, Madrid, 1997.
- MERINO GUTIÉRREZ, A.: «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», en *ADC* 1994/I, pág. 91.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: *Comentario al artículo 609. Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MONTSERRAT VALERO, A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Edit. Civitas, Madrid, 2000.
- «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», en *R. D. Pr.*, junio 2001, pág. 504.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo 2.º, 2.ª ed., Edit. Reus, Madrid, 1927.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, págs. 135 a 171 y 217 a 257.
- «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», en *Rev. G. Leg. Jurisp.*, 1950, I, pág. 611.
- PAU PEDRÓN, A.: *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*. Discurso leído en su recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, el 15 de enero de 2001.
- *Comentario al artículo 606 del Código Civil. Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Edit. Universidad de Madrid, Madrid, 1982.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Edit. Bosch, Barcelona, 1989.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, tomo II, Edit. Bosch, Barcelona, 1995.
- ROCA SASTRE, R. M.ª: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1965, pág. 781.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P.: «Comentario a la STS de 13 de julio de 1996, sobre doble venta», en *ADC* 1997/III, pág. 1561.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Edit. Reus, Madrid, 1947.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios sobre Derecho de Cosas*, I, 2.ª ed., Edit. Montecorvo, Madrid, 1985.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *ADC* 2001/II, pág. 547.

El Fuero del Baylío: su pervivencia y contenido en parte de Extremadura

SUMARIO: I. PROEMIO: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO.—II. EL FUERO DEL BAYLÍO Y EL PROBLEMA DE SU ORIGEN HISTÓRICO: SU PARENTESCO, A MODO DE HERMANAMIENTO, CON LA LLAMADA CARTA DE MITAD PORTUGUESA: 1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778, Y LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805: EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD. 2. EL ORIGEN FRANCO-BORGUÑÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO Y DE LA CARTA DE MITAD.—III. LA APLICABILIDAD ACTUAL DEL FUERO DEL BAYLÍO EN CIERTAS ZONAS DE EXTREMADURA, Y EL PROBLEMA DE CONOCER, Y PROBAR, SU ALCANCE Y CONTENIDO: 1. LA POSIBLE PERVIVENCIA ACTUAL, AL MENOS EN TEORÍA, DEL FUERO DEL BAYLÍO, COMO COSTUMBRE FORAL, EN ALGUNOS PUEBLOS Y CIUDADES DE EXTREMADURA, EN VIRTUD DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EXTREMEÑO. 2. LA NECESIDAD DE PROBAR TANTO LA VIGENCIA COMO EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO, SI SE LE QUIERE APLICABLE, EN CIERTOS MUNICIPIOS EXTREMEÑOS DE BADAJOZ EN CUANTO FUERO CONSUETUDINARIO: 2.1. *La posibilidad, en la práctica, de probar la vigencia actual del Fuero del Baylío en ciertas comarcas de Extremadura.* 2.2. *La posibilidad de probar el contenido del Fuero del Baylío extremeño por su hermanamiento con la Carta de Mitad portuguesa. Un excursus sobre el equitativo régimen económico-matrimonial de comunidad universal en que consiste el Fuero del Baylío: comienzo, gestión, patrimonio común —activo y pasivo—, régimen supletorio, y liquidación.*—BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLÍO).

I. PROEMIO: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO

Frente al conocido régimen económico-conyugal de gananciales, que es de comunidad relativa o atemperada, pues junto al patrimonio común o ganancial hay patrimonios privativos de uno y otro cónyuge (cfr. arts. 1346 y sigs. del Código Civil), el denominado Fuero del Baylío hace referencia a

un régimen económico-matrimonial de comunidad absoluta, universal o, como también se llama, de hermandad en el que, en principio, todos los bienes —muebles e inmuebles— adquiridos mediante cualquier título —oneroso o gratuito— por los cónyuges antes o después de celebrado el matrimonio se hacen comunes, de ambos esposos (1). Hay un dicho popular en Albuquerque, donde el Fuero del Baylío parece regir, que lo sintetiza como sólo la sabiduría del pueblo sabe hacerlo: «¿*Qué es el Fuero del Baylío? Que lo mío es tuyo, y lo tuyo mío*» (2). Esto es, que sólo existe lo nuestro entre marido y mujer. Mayor expresión económica del amor no cabe ser imaginada.

En esta idea, tan básica, coincide toda la doctrina científica que estudia el Fuero del Baylío. Pero en lo demás, casi todo en torno al llamado Fuero del Baylío son problemas. Uno de ellos concierne a su propio contenido activo y pasivo —si realmente todo, sin excepción, se hace común entre los cónyuges o hay ciertos bienes y deudas que escapan a esa regla—; otro punto conflictivo, consecuencia del anterior, atañe al concreto régimen de gestión de dicho patrimonio; otro es el del comienzo mismo de este régimen matrimonial —si se hace efectivo con la celebración del matrimonio o con su disolución—. Amén de estos problemas que se refieren al contenido del Fuero, a veces se plantea el de su propia existencia, o supervivencia, tras la promulgación del Código Civil español en 1889 y, luego, tras la actual Constitución de 1978; y de admitirse su vigencia surge, según parece a algunos, el problema de su posible contradicción con aquellos cuerpos legales, sobre todo con el Código Civil. Y, finalmente, también es problemático el Fuero del Baylío en su ámbito de aplicación, tanto territorial como personal (3).

(1) Como hace tiempo explicaban GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T. II, Madrid, 1841, pág. 74, «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío... se comunican por mitad los cónyuges los bienes... de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No es, desde luego, el del Baylío el único régimen de comunidad universal que, con ciertas variaciones comparado con él, ha existido o aún existe en España. Así, por ejemplo, destacan el Fuero de Vizcaya (hoy vigente en los arts. 47 a 49 de la Compilación de Vizcaya y Álava); el Fuero de Eviceo (actualmente consagrado en las Leyes 101 y 102 del Fuero Nuevo de Navarra); las Costumbres de Tortosa (con el llamado «agermanament» o «matrimoni di mig per mig»); las costumbres catalanas de Gerona (con la llamada «querimonia») y del Valle de Arán (con el denominado «mitja guadanyeria»); y los pactos de hermandad en Aragón y Navarra.

(2) Así lo expresó el Alcalde de Albuquerque, don Ángel Vadillo, en las Jornadas sobre el Fuero del Baylío celebradas los días 12 y 13 de noviembre de 1998 en Olivenza, otro lugar donde supuestamente rige dicho Fuero.

(3) No se trata de dos problemas (vigencia territorial, por un lado, y vigencia personal, por otro), sino de uno sólo: el Fuero del Baylío, como cualquier Derecho Foral, no rige en un territorio sin más para cualquier persona que allí contraiga nupcias, ni para los bienes de un matrimonio que estén en ese territorio, sino para las personas que tengan la vecindad civil —que estén aforadas— en dicho territorio donde rige el Fuero, se casen o no en dicho lugar y tengan o no bienes en él. Así cabe entenderlo desde una interpretación

Mas, ¿por qué casi todo en torno al Fuero del Baylío es polémico, incierto, casi enigmático? Por los propios rasgos que siempre lo han caracterizado, incluso hoy; por ser un Fuero municipal, consuetudinario, presunto o de primer grado e inmemorial; a saber:

En primer lugar, el Fuero del Baylío ha sido siempre, y aún hoy sigue siéndolo, un fuero municipal, esto es, local o comarcal, por contraposición a los fueros provinciales o regionales (4). Ciertamente, en su origen y en sus primeros avatares, todos los Fueros de España fueron municipales, pero con el tiempo la mayoría de ellos o perecieron por su desuso, por no extenderse territorialmente o se extendieron geográficamente para imperar en enteras regiones o provincias (los Derechos Civiles Forales aragonés, balear, catalán, navarro... que hoy conocemos). Pero el del Baylío, a pesar de sobrevivir a lo largo del tiempo, nunca consiguió expandirse a una íntegra provincia. Suele, vulgar y equivocadamente, decirse que el del Baylío es un fuero que se aplica en Extremadura, cuando, en verdad, sólo parece regir en algunos pueblos o municipios, en concreto, de Badajoz; ninguno de Cáceres (5).

En segundo lugar, el Fuero del Baylío es norma consuetudinaria, costumbre, norma no escrita. También es cierto que casi todos los Fueros antiguos, como casi todo el Derecho en su origen, fueron consuetudinarios, pero con el tiempo fueron convirtiéndose en norma escrita, en Ley. Así sucede con casi todos los Derechos Forales hoy vigentes en España (los arriba indicados). No ha sucedido así con el Fuero del Baylío, con la dificultad que ello implica para conocer su exacto contenido y su propia vigencia, todo lo cual, veremos más adelante, ha de probar quien pretenda la aplicación de dicho Fuero (cfr. arts. 1.3 y 13.2 del Código Civil).

En tercer lugar, el Fuero del Baylío se ha convertido con el tiempo en un régimen económico-matrimonial presunto o de primer grado, como así sucede

conjunta de los artículos 14.4 y 16.3 del Código Civil, éste en su remisión a los apartados 2.º y 3.º del artículo 9 del Código Civil.

(4) No obstante, esta diferencia —artificiosa y falta de trascendencia práctica, dice, con razón, DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, reedición de la obra originaria de 1949, T. I, Madrid, 1984, págs. 231 y 232—, mantenida a lo largo de toda la Historia de nuestro Derecho (hasta la Novísima Recopilación de 1805, inclusive), desaparecerá con la entrada en vigor, en 1889, del Código Civil (cfr. art. 12 del Código Civil de 1889 y su correlativo vigente, el art. 13 del Código Civil, tras la reforma de 1974, que hablan sin distinción de «provincias o territorios» donde rigen Derechos Forales o especiales).

(5) Con exclusión *hic et nunc* de Ceuta, por no haber sido nunca extremeña, y siguiendo un estricto orden alfabético, la casi unanimidad de la doctrina, siendo por ello innecesario citarla, dice que el Fuero del Baylío ha regido y rige en: Alburquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Olivenza, Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Táliga, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valverde —de Burguillos—, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villarreal, y Zahínos.

en el Derecho Común con el régimen de gananciales según el artículo 1316 del Código Civil. No lo fue así al principio, cuando era pactado, cuando para regir en un matrimonio era necesario su acuerdo por los cónyuges. Pero con el tiempo, ya se verá luego con más detalle, se convertiría en un sistema conyugal presumido, que reinaría en el matrimonio sin necesidad de pacto entre los cónyuges, para cuando no existiese acuerdo entre ellos sometiendo su matrimonio a otro régimen económico-matrimonial o para cuando, aun habiendo dicho pacto, éste fuese defectuoso, en su forma o en su contenido (cfr. arts. 1325 y sigs. del Código Civil).

Y en cuarto y último lugar, el Fuero del Baylío se caracteriza por ser inmemorial, es decir, por ser una costumbre tan remota, tan antigua, tan usada durante tanto tiempo, que se desconoce su origen, que no se tiene noticia cierta de su inicio. Y he aquí, precisamente, el problema principal, la cuestión clave a resolver y que arrojará la luz necesaria para, a su vez, aclarar todos los demás problemas antes citados; hay, pues, ante todo, que descubrir el posible origen histórico del Fuero del Baylío.

II. EL FUERO DEL BAYLÍO Y EL PROBLEMA DE SU ORIGEN HISTÓRICO: SU PARENTESCO, A MODO DE HERMANAMIENTO, CON LA LLAMADA CARTA DE MITAD PORTUGUESA

1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778,
Y LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805:
EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD

Para conocer el posible origen histórico del Fuero del Baylío se han de tomar, como punto de partida, los dos únicos textos oficiales que en España existen sobre el mismo: por un lado, la —mal— llamada Pragmática de Carlos III, de 20 de diciembre de 1778; y, por otro, la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, promulgada el 15 de julio de 1805, bajo el reinado de Carlos IV, cuando ya por entonces en algunos países de Europa, como Prusia o Francia, se había iniciado el proceso codificador.

Por lo que ahora y aquí importa, decía el primero de los documentos indicados, la «Pragmática» de Carlos III: *«Don Carlos, por la gracia de Dios, rey de Castilla, de León, de Aragón, etc. Sabed: Que por don Alejandro Gutiérrez Durán, como Procurador Síndico, personero de la villa de Alburquerque, en la provincia de Extremadura, se me representó que habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylío, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición*

como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos casados llevó al matrimonio o hubo durante él como antes de contraerse no se haya capitulado casar a Fuero de León», lugar donde regía el régimen dotal de separación. En este fragmento reproducido queda constatado que el Fuero del Baylío hace referencia a un régimen de comunidad absoluta, que es presunto, pues no requiere de pacto para regir el matrimonio (6), e inmemorial o de origen tan lejano como ignorado. Y en un pasaje posterior seguía diciendo aquel texto de Carlos III: «...que, aunque no se encuentra el privilegio de dicho Fuero —de nuevo, su carácter inmemorial—, resulta que se observa en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, valles de su comarca —he aquí el carácter municipal del Fuero del Baylío— y en el vecino reino de Portugal con el título de ley de a metade, que fue concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal (7); y que semejantes Fueros no están derogados por las leyes del Reino; antes bien se hallan preservados en ellas, especialmente por la I y VI de las —Leyes— de Toro» de 1505, que, respectivamente, se referían a la posible vigencia de fueros —municipales, incluidos— (8) y de costumbres. Y terminaba diciendo algo más adelante aquel texto: «...se acordó expedir esta mi cédula, por la cual, apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylío, y mando que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos». Por su

(6) Así quedó ya advertido en el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, de 30 de julio de 1778, remitido al rey Carlos III: el Fuero del Baylío rige «salvo si al tiempo de contraer se contratase o pactare a otro fuero», añadiendo luego que «el Fuero del Baylío está en arbitrio de las partes, una vez que es voluntario contraer matrimonio y pactar con arreglo á otro fuero o ley, según resultara sin la precisión de ceñirse a lo que dispone el citado Fuero del Baylío». Y así seguiría siendo a lo largo del tiempo, como lo prueba que a mediados del siglo XIX insistan en ello GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *op. cit.*, pág. 74, al decir que «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío —éste— tiene lugar si no hubiera intervenido pacto en contrario».

(7) En esa referencia a Alburquerque, la Real Cédula de Carlos III, por secundar en este punto lo dicho en el Informe de los Fiscales del Reino, yerra al decir que el Fuero del Baylío fue «concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal», cuando, como hoy es sabido por historiadores, Alfonso Téllez fue repoblador, no fundador, de Alburquerque, y difícilmente pudo ser yerno de Sancho II, cuando éste no tuvo hijas legítimas; con quien contrajo matrimonio Alfonso Téllez, en segundas nupcias, fue con una hija de Sancho I, de Portugal.

(8) Ya en la Ley 1.^a de las Leyes de Toro de 1505, se decía: «*Son fueros municipales que cada ciudad, villa, ó lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares*».

parte, la Novísima Recopilación no hace sino extractar y compendiar algunos pasajes de la Pragmática ahora reproducidos; de ahí la oportunidad de ahorrar su transcripción aquí en texto (9).

A la vista de ambos textos, y antes, empero, de avanzar en su estudio, tal vez, como breve *excursus*, sea conveniente aclarar que no por la proclamación por escrito en ellos del Fuero del Baylío, éste dejó de ser costumbre foral para convertirse en ley común. La propia Pragmática: por un lado, amén de que denomine al Baylío en varias ocasiones como Fuero sólo aplicable en ciertas villas extremeñas, en su referencia a las Leyes I y VI de las Leyes de Toro de 1505 proclama la vigencia del Baylío como fuero local y como costumbre. Por otra parte, dicho texto de Carlos III no convierte al Fuero en ley, en norma escrita, porque, aunque suela hablarse de la «Pragmática» de Carlos III no es tal, sino Real Cédula, como a veces ella misma se denomina. No es, por tanto, ley regia, sino documento o instrucción que reconoce, respeta y ratifica —que no concede, ni crea *ex novo*—, para darle fijeza y prueba, la existencia previa y la vigencia, o subsistencia, posterior de una costumbre en ciertos lugares (10). No puede, desde luego, decirse lo mismo de la Novísima Recopilación, que sí fue Ley y, además, común, para todo el Reino de España, pero recopiladora de muchos fueros consuetudinarios (catalán, alavés, guipuzcoano, aragonés, navarro, vizcaíno, gallego, mallorquín...), que no por ello, como explica con detalle DE CASTRO, dejaron de ser norma foral ni costumbre (11). No en vano, muchos de ellos sobrevivirían en

(9) No así en nota. Decía la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación: «*Apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido á la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por qualquiera razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales; y mando, que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen á él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad ó transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los pueblos*».

(10) Recuérdese cómo terminaba la Real Cédula de Carlos III de 1778: «*...se acordó expedir esta mi cédula —no dice mi Pragmática—, por la cual, apruebo —no dice concedo, otorgo...— la observancia del Fuero denominado del Baylío, y mando —que rija— en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora*», o sea, como fuero consuetudinario ya existente desde antes. A mayor abundamiento, no aparece en el texto de Carlos III la cláusula estilo, de apertura o de cierre, propia por entonces de cualquier auténtica Pragmática: «*bien así como si fuese hecha e ordenada e establecida e publicada en Cortes*».

(11) DE CASTRO, F., *op. cit.*, págs. 248 a 250. Refiriéndose, en concreto, al Baylío, decía DE COSSÍO en su prólogo a la obra de MADRID DEL CACHO (pág. 4), que este Fuero «*encuentra su consagración no tanto en la escueta norma de la Novísima Recopilación, como en la costumbre ininterrumpida de las gentes que desde hace siglos vienen aceptando el régimen de comunidad universal de bienes en sus matrimonios y que constituye una*

1889 a la promulgación del Código Civil cuando en su artículo 1976 quedaba derogado todo el Derecho Común, que por entonces era el de Castilla, incluida la Novísima Recopilación (12).

Observada la pervivencia del Baylío como fuero municipal, consuetudinario, presunto e inmemorial, es hora ya, por fin, de retomar la cuestión inicial: ¿cuál es el origen de dicho Fuero? Tal cuestión es eludida en los textos indicados. Mas no debe haber objeción a tal silencio. La Real Cédula de Carlos III, que la Novísima Recopilación se limitó a extractar, no se dictó para determinar el origen del Fuero del Baylío, que ella misma confiesa ignorar al indicar varias veces su carácter inmemorial; ni siquiera se dictó para concretar su exacto contenido y alcance, sino para resolver un problema más concreto, el de la aplicabilidad del Fuero del Baylío en Albuquerque: ambos documentos hablan de la «*villa de Albuquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, valles de su comarca y —añaden— demás pueblos donde se ha observado hasta ahora*»; o sea, que hay más lugares donde se admite la vigencia del Fuero del Baylío, pero que la Real Cédula no cita por innecesario, porque no es la cuestión en ella a resolver (13). La cita, añadida, hecha en ella de Jerez de los Caballeros es por lo indudable de su sometimiento al Fuero del Baylío. Pero la cita, casi aislada, de Albuquerque obedece a la disputa que en esta villa se originó y que Carlos III zanjó; por entonces, durante la segunda mitad del siglo XVIII, los Tribunales de Albuquerque se habían venido negando a aplicar el Fuero del Baylío en lugar del Fuero de

manifestación concreta de la fuerza creadora de los actos jurídicos, cuando los mismos gozan del universal asentimiento».

(12) Rigiendo la Novísima Recopilación, el Tribunal Supremo, en el Considerando 1.º de su sentencia de 30 de junio de 1869 (Col. Leg., tomo de 1869, núm. 196), ya decía que la Real Cédula de Carlos III era meramente «aprobatoria de la observancia del Fuero del Baylío en Albuquerque y otros pueblos de Extremadura, donde ya regía». Por su parte, una vez ya promulgado el Código Civil en 1889, dirá la STS de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34) que la Novísima Recopilación como ley simplemente reconocía la vigencia de un Fuero que aún entonces «era costumbre»; y como «régimen consuetudinario matrimonial» sobrevive al Código Civil en 1889, dice la RDGRyN de 10 de noviembre de 1926.

(13) Y buena cuenta tuvo Carlos III de esas otras villas donde venía aplicándose el Fuero del Baylío. Para redactarse la Real Cédula de 1778, se tuvieron en cuenta: la petición o recurso, de 1777, de don Alejandro Gutiérrez Durán (*supra*, en el mismo texto de la Real Cédula citado); el expediente de 25 de febrero de 1778, del Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, don Miguel Antonio Bernabeu; el expediente de 21 de marzo de 1778, del Alcalde Mayor de Albuquerque, don Juan Antonio de Mata y Vallejo; y el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, los señores Campomanes y Floridablanca. Y en tales documentos se decía ya, sin ánimo exhaustivo, que el Fuero del Baylío venía rigiendo en: Albuquerque, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Valencia del Mom-buey, Valencia del Ventoso, Valle de Matamoras, Valle de Santa Ana, y en Zahínos.

León, que regulaba un régimen económico-matrimonial dotal de separación. La ciudadanía se opuso a dicha regla en sustitución de la comunidad universal que implicaba el Baylío. Ante ello, don Alejandro Gutiérrez Durán, Procurador síndico y personero de Albuquerque, recurrió en 1777 a Carlos III para que resolviese la cuestión en favor de la aplicación del Fuero del Baylío en aquella villa; como así se hizo. Así lo demuestran dos fragmentos de la Real Cédula de 1778: el primero, antes ya reproducido, con el que se comenzaba (recuérdese: «*Don Carlos... Que por don Alejandro Gutiérrez Durán...*»); y el segundo rezaba así: «*Que dudándose al presente en algunos Tribunales de estos mis reinos sobre la subsistencia del referido Fuero, por decirse no estar aprobado por mi Real persona y ser contrario a las leyes, se da motivo para ruidosos pleitos y a que se reclamen las particiones consentidas...*».

Mas, ¿por qué fue un problema el de aplicar el Fuero del Baylío en Albuquerque? Porque esta villa nunca perteneció al Bayliato de Jerez de los Caballeros, sino, según cada momento histórico, a Portugal o a Castilla-León. Y es, precisamente, su pertenencia al Reino de Portugal durante algunos períodos de su historia la que explica que en Albuquerque rija, incluso hoy día, un régimen económico-matrimonial de comunidad universal, la llamada Carta de *meatade* portuguesa, a la que la propia Real Cédula de Carlos III se refería en un pasaje arriba transcrito, cuando dice que el Fuero del Baylío se observa en algunas comarcas extremeñas «y —también, dice— *en el vecino reino de Portugal con el título de a meatade, que fue concedido a la villa de Albuquerque*» por su repoblador, Alfonso Téllez, yerno de Sancho I, Rey de Portugal. Lo mismo puede decirse, según parece, de otros lugares, como La Codosera (14), como Ceuta, que fue portuguesa desde 1415 hasta 1640, o como Olivenza, que en el año en que se dictó la Real Cédula, 1778, y ya desde 1297 hasta 1801, era portuguesa; de ahí su omisión en la Real Cédula, y en los expedientes, todos ellos de 1778, que precedieron a su redacción. En tales lugares, por tanto, nunca rigió el llamado Fuero del Baylío, sino la Carta de Mitad portuguesa. Pero no precipitemos la conclusión sin apoyarla en razones; vayamos por partes.

De esa referencia que la Cédula de Carlos III hace, por una parte, a la Carta de Mitad y, por otra, al Fuero del Baylío, surge otro problema: ¿Cuál

(14) Ya a finales del siglo xvi, Antonio Ayerve de Ayora (*Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxorem et filios, ac haeredes eorum*, 1595), decía que en el Reino de Portugal y en algunos lugares del Reino de Castilla, «como es la villa de Albuquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal, se guardan non las leyes de Castilla, sino la Costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la muger son comunes; y lo mismo es en la dote de la muger, y en otros cualesquier bienes que el marido y la muger truxeren, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la muger y sus herederos».

es la conexión entre ambos? ¿Son costumbres diversas en su contenido o acaso son dos formas distintas de nominar, según su ámbito geográfico de aplicación, un idéntico régimen económico-matrimonial? De todo se ha dicho, aunque casi siempre afirmando su parentesco, si no incluso su identidad como así parece, al menos, insinuar la propia Real Cédula de Carlos III: para unos el Fuero del Baylío procede de la Carta de Mitad (15); para otros, a la inversa, ésta procede de aquél (16). Lo más probable, sin embargo, como ahora (en el siguiente epígrafe) se demostrará, es que ambos, Carta y Fuero, sean «hermanos» y, además, gemelos, mellizos, que ambos tengan idéntico origen, sin proceder el uno del otro; mas, siendo ello así, ¿quién es el «padre» de ambos? De nuevo resurge la cuestión de descubrir el origen histórico de este singular régimen económico-matrimonial.

2. EL ORIGEN FRANCO-BORGOÑÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO Y DE LA CARTA DE MITAD

Acerca del origen —común o idéntico, recuérdese— del Fuero del Baylío y de la Carta de Mitad, que no desvela la Real Cédula de 1778, por su dificultad y por no ser el objeto de dicho documento, muy variopintas son las teorías mantenidas por los estudiosos del tema: que si es musulmana, que si es goda... (17).

(15) Así opinan MOUTÓN Y OCAMPO, L., «Fuero del Baylío», en *EJE*, T. XVI, pág. 696; y UREÑA, R., «Derecho Foral», en *EJE*, T. XI, pág. 146.

(16) Así, por ejemplo, la RDGRyN de 28 de enero de 1896, cuando dice: «el matrimonio en Portugal, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylío...».

(17) Una de esas tesis, defendida, o insinuada al menos, por GÓMEZ DE VILLAFRANCA en su prólogo a la obra de BORRALLA SALGADO, sostiene el origen musulmán tanto de la Carta de Mitad como del Fuero del Baylío, en cuanto costumbres moras observadas, dos o tres siglos antes de que se conocieran con aquellos nombres, en Extremadura y en Portugal. Sugere que esta explicación. ¡Siete siglos de cultura musulmana nos contemplan! Sin embargo, esta tesis resulta en verdad tan sugestiva como errónea: en el Derecho Civil musulmán siempre ha regido como principal el régimen de separación relativa de bienes con arras, con institución dotal, muy similar al sistema económico que el Derecho romano preveía para el matrimonio *sine manu*, y que hasta hace poco se regulaba en nuestro Código Civil y en el Derecho Civil Foral catalán, hasta que en 1981 fue suprimida la institución de la dote. Fue, pues, probablemente aquel sistema musulmán, y no el de comunidad universal, el régimen económico conyugal que durante aquellos siglos rigió entre los propios árabes. En esta línea crítica con la tesis musulmana, el ceutí RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., «El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta», en *ADC*, 1962, pág. 1003, nos advierte de «la indicación dada por una comisión de jurisperitos musulmanes a don Juan I, según la cual, *o casamento árabe exigía como condição a pretação de arras, sendo desconhecido o casamento por carta de metade*». A ello se une, por lo que concierne a la población aborigen de la Península que fue conquistada por los árabes, que la incidencia musulmana fue más política y militar que jurídica, y dentro de lo jurídico su influencia fue más de Derecho público (administrativo, sobre todo), respetándose, en cambio, el

Pero de entre todas, tal vez la teoría que parece más convincente acerca del origen de la Carta de Mitad y del Fuero del Baylío es la que, como tesis doctoral defendida en Sevilla, sostuvo MADRID DEL CACHO al afirmar el origen fran-

Derecho privado autóctono, inclusive el Derecho Civil de Familia y Matrimonial, con sólo alguna contadísimas excepción, como la llamada costumbre de holganza cordobesa (negadora a la mujer de la partición en las ganancias). Una costumbre, por cierto, que no sería derogada entre nosotros hasta una Resolución de Carlos IV en 1804, recogida en la Ley 13 del Título IV, del Libro X de la Novísima Recopilación (justo la ley siguiente a la que se refiere al Baylío): «*Abolimos en quanto sea necesario la supuesta ley, costumbre ó estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio. En su consequencia queremos y mandamos, que la Ley general de la participación de las ganancias en los matrimonios sea extensiva á las mugeres cordobesas en todo aquel reyno, según y como se practica con las de Castilla y León...*».

Dado, pues, ese respeto al Derecho Privado oriundo tras la invasión árabe, otros autores dirán que la Carta de Mitad y que el Fuero del Baylío fueron anteriores a aquélla. En concreto, autores como BOZA VARGAS, J., *El Fuero del Baylío*, Fregenal, 1898; y CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974, págs. 55 a 72, creen en su origen vándalo y alano; y otros, como BORRALLA SALGADO, T., *El Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, Badajoz, 1915; y, siguiéndole, MARTÍNEZ PEREDA, M., «El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico», en *RCDI*, 1925, pág. 215 y sigs., defienden su origen celtibérico. Atrayentes resultan ambas tesis. Téngase en cuenta que la comunidad absoluta entre cónyuges responde a una idea muy básica o rudimentaria y, por ende, primitiva de cómo regir económicamente un matrimonio. No en vano —como luego se verá— el régimen económico-matrimonial de comunidad, en cualquiera de sus modalidades —absoluta o relativa—, tiene su origen en un sistema jurídico bárbaro —no tan fino y sutil como el romano—: el germánico. Pero, datos hay para considerar dichas tesis como erróneas; según MADRID DEL CACHO, M., *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963, pág. 48, lo son porque no hay documentos que las apoyen. Ciertamente es que MARTÍNEZ PEREDA, M., *op. cit.*, pág. 218, aporta dos textos como prueba del origen celtibérico del Fuero del Baylío, pero sólo hacen mención de costumbres y fueros en general de largo tiempo usados, sin precisar cuáles son. Otro documento aporta MARTÍNEZ PEREDA más significativo: una declaración de don José García Vellouva en el expediente de 1778 de los Fiscales Campomanes y Floridablanca: «sí he oído decir a mis mayores y más ancianos que viene en costumbre tan anticuada que trae origen de los godos». Nosotros, en cambio, a diferencia de MADRID DEL CACHO, apuntamos —añadimos— otra razón para rechazar esas teorías apoyándonos, sobre todo, en GARCÍA GALÁN, A., «Antecedentes históricos del Fuero del Baylío», en *Poder Judicial*, 1990, pág. 56 y sigs. ¿Cómo sobrevivió ese régimen de comunidad absoluta, supuestamente godo, a las invasiones romanas, bizantinas y musulmanas? Entiéndase la pregunta formulada desde una perspectiva humana, no tanto ya jurídica. En lo jurídico, ya se ha dicho, la incidencia musulmana apenas afectó al Derecho Privado. *Ídem* en lo que respecta a la invasión romana. No toda la Hispania se romanizó jurídicamente. Ahí están, como prueba, los fueros de hermandad citados en la primera nota a pie de página de este trabajo, existentes casi todos ellos antes de la ocupación romana. La enorme influencia del Derecho romano, que incluso hoy persiste en España y en los países pertenecientes a la gran familia jurídica continental o europea del *civil law* (*versus* la del *common law*) de índole latina o romana (*vs.* la de tinte germano), fue posterior al Imperio romano; se gestó aquélla en el medioevo por obra de glosadores, comentaristas y juristas en general, sobre todo por los de la Escuela de Bolonia, que impresionados por la practicidad y utilidad —más que sutileza— del Derecho romano, especialmente por la del Código Justiniano,

co-borgoñón de aquellas costumbres (18); o lo que es igual, añadimos nosotros, su origen germánico-cristiano, porque el régimen económico-matrimonial de comunidad de bienes, sea en su modalidad absoluta o en la relativa, es, por todos sabido, de origen germano, frente a los sistemas romano y musulmán. Surge aquel régimen de hermandad en Germania y de ahí se extiende en la Edad Media a otros lugares del norte de Europa; entre otros, y por lo que aquí interesa, se expande aquél durante el siglo XII a la zona francesa del Ducado de Borgoña (19). Allí el régimen de comunidad absoluta no se impondría por la fuerza, sino que sería felizmente abrazado. No se olvide, como nos recuerda MADRID DEL CACHO, que los territorios franco-borgoñones estaban gobernados, entre otros (como la Orden de Cluny), por la Orden Eclesiástica Cisterciense (del Cister), que se regía, y hacía regir a sus súbditos, castos o no, por la idea de hermandad, de comunidad, de «caridad». En 1118 el Gran Maestre de la Orden Cisterciense, San Bernardo, por influencia de las cruzadas cristianas realizadas en Jerusalén, crea el brazo militar cisterciense: la Orden Templaria, la de los caballeros templarios o del Temple, que el propio San Bernardo calificó como *Opus Dei*, y cuyo principal objetivo originario fue proteger a los peregrinos en su camino a los santos lugares. Años más tarde, en 1127, el mismo Gran Maestre, inspirado en la idea de su Orden, la caridad, crea los símbolos de los caballeros templarios y promulga sus reglas de organización; como

lo adoptaron, con ciertas variaciones, como propio, aunque era extraño a la tradición (a los fueros y costumbres de cada lugar), para fundirlo con el Derecho canónico y formar así el llamado *Ius Commune*, que perduraría prácticamente hasta la codificación europea decimonónica, en la que no dejaron de influir las enseñanzas heredadas y las interpretaciones medievales hechas del Derecho romano. Por eso, insistimos, la pregunta formulada arriba ha de entenderse referida a la sangrienta despoblación que tales invasiones —romanas y musulmanas— supusieron en el sur de Portugal, en Extremadura —cuya etimología no es casual: «*Extrema Durii*»— y también en Ceuta; zonas todas ellas que fueron muy repobladas por los propios invasores, con su consiguiente régimen económico para regir sus matrimonios (el de separación relativa dotal del Derecho musulmán; y en Derecho romano, también el sistema de separación relativa dotal para el matrimonio celebrado *sine manu*, y el régimen de absorción —de todos los bienes por el marido— en el matrimonio *cum manu*). ¿Qué godos, íberos o vándalos quedaron, entonces, en aquellos lugares, tan masacrados, para continuar con aquella costumbre de repartir todos los bienes entre ambos cónyuges, que incluso subsiste hoy día?

(18) MADRID DEL CACHO, M., *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, con prólogo de don Alfonso De Cossío y Corral, Córdoba, 1963, págs. 49 a 82. En la misma línea, siguiéndole, GARCÍA GALÁN, A., *op. cit.*, págs. 57 a 59; y VILLALBA LAVA, M., «El Fuero del Baylío: el Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura», en *AC*, 1996, T. III, págs. 657 y 658.

(19) Como explica MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 71 a 77, también se extiende a otras zonas del noreste francés, como así lo demuestran los cartularios del siglo XIV y las compilaciones de costumbres de los siglos XV y XVI (de Alta Alsacia, Flandes y Autis, Vrenin, Sens y Auxerre), donde queda constatado que dicho régimen llevaba ya practicándose tres o cuatro siglos frente a la costumbre de París que regulaba un régimen matrimonial de comunidad limitada, de bienes muebles y de ganancias.

símbolos, dos: su hábito, un manto blanco con una cruz roja paté en el pecho, y como sello y escudo, un caballo montado por dos caballeros (símbolo de pobreza inicial y de fraternidad). En cuanto a su organización, se estructuraría la Orden del Temple con la siguiente jerarquía de mandos de poder: el Gran Maestre —como superior general—, el Maestre o Prior, el Baylio —como superior comarcal (no se olvide este rango y cargo)—, y el Comendador —como superior local—. Y, ¿cuál será el sistema económico de los matrimonios que celebren sus súbditos no sujetos a castidad, ni a celibato? No podía ser otro que el de la comunidad absoluta germánico-cristiana, como máxima expresión de hermandad.

Esta orden de caballería, la del Temple, será finalmente abolida en 1312 por el Papa Clemente V, a instancia de Francia, de su rey Felipe el Hermoso, y del Obispo de Toledo, ante el cada vez más creciente poder político de aquella Orden. En lo que ahora importa, desde 1118 —fecha de su nacimiento— hasta 1312 —fecha de su fenecimiento—, la Orden cisterciense, a través de su brazo militar del Temple o del Bayliato, tuvo gran influencia, primero, en Francia, y luego tanto en Portugal como en Castilla, aunque con distinta fuerza. Hela aquí expuesta en breve y por separado:

En Portugal, por entonces Condado, la incidencia de los templarios fue al principio coyuntural, sólo para proteger a los peregrinos del Camino de Santiago. Luego, en cambio, aquélla sería fundamental: primero, ayudando a Portugal en su secesión de España (de Castilla). En 1114, tras la muerte de Enrique de Borgoña, que venía reinando el Condado de Portugal, surge una guerra civil entre los partidarios de continuar la sumisión de Portugal a Castilla y los defensores de su independencia. Estos últimos fueron apoyados, y ayudados, por la dinastía borgoñona, entre otros, a través de los caballeros templarios, hasta alcanzar la victoria final en la famosa batalla de Guimeiraes en 1128. En 1139 se crea, así, el Reino de Portugal, y Alfonso Enríquez es nombrado Rey de Portugal con el nombre de Alfonso I. Posteriormente, y durante largo tiempo hasta prácticamente su abolición en 1312, en que es suplida por la Orden de Cristo en Portugal, la Orden de la Caballería Templaria seguiría ayudando al Reino de Portugal, ahora en su reconquista contra los moros. A lo largo de todo ese período, desde 1139 en adelante, como recompensa y por derecho de conquista por su ayuda, los diversos reyes portugueses de la época (Alfonso I, su hijo Sancho I, Alfonso II, Sancho II...) fueron donando a la Orden del Bayliato ciertos territorios al sur de Portugal (en zonas de la Extremadura portuguesa, en Algarbe y en gran parte de Alentejo), que fueron repoblados por franco-borgoñones y gobernados por la Orden del Temple. Lógico fue, pues, que en tales lugares rigiera el sistema de casamiento de comunidad absoluta, que se llamaría «Carta de Mitad», cuyo origen concreto se desconoce, pero que probablemente fue otorgada mediante

«carta» por un cargo de la orden, cuyo sobrenombre «de mitad» no hacía más que referencia al contenido esencial de este régimen económico-matrimonial: que todo se reparte entre los cónyuges; y cuya vigencia se mantuvo por su aceptación y uso generalizado en aquellas tierras del sur portugués.

Y así expresamente fue aquella costumbre reconocida y respetada —que no creada— en diversas Ordenanzas («*Ordenações*») de Reyes portugueses, cuyo valor jurídico equivalía al de nuestras Reales Cédulas antes explicado; de tal modo que no por tales resoluciones regias la Carta dejó de ser costumbre (20). Destacan al respecto: las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII, cuya fecha concreta se ignora, pero que se sabe fue obra de Alfonso III, rey de Portugal desde 1246 a 1279; las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, de Alfonso V (1438-1481), llamado el «Africano» por ser sobrino del Infante Enrique el Navegante, conquistador de Ceuta en 1415; las Ordenanzas Manuelinas de 1521, otorgadas por Manuel I (1495-1521), llamado el «Afortunado»; las Ordenanzas Felipinas de 1595, de Felipe II, rey de España y de Portugal, cuando ambos reinos se unen desde 1580 a 1640; y, por último, las Ordenanzas Juaninas de 1640, obra de Juan IV, es decir, del Duque de Braganza proclamado Rey de Portugal tras rebelarse contra España y separarse, ya definitivamente, de ella en aquel mismo año de 1640.

Sin la necesidad de detenerse, por ahora, con detalle en el contenido de dichas Ordenanzas, tal vez haya que destacar dos ideas sobre ellas, y que en su lugar oportuno serán de utilidad: al principio, en las dos Ordenanzas Alfonsinas se dice que la Carta de *meatade* rige sólo como régimen económico-matrimonial pactado —que requiere de pacto entre los cónyuges para que rija su vida económica— (21) y que, geográficamente, sólo es aplicada en parte de la Extremadura portuguesa, en el Alentejo y en el Algarbe, o sea, en el sur de Portugal, mientras que en el norte rige el sistema de gananciales con arras (22). Luego, sin embargo, respondiendo al exitoso y genera-

(20) Aunque a continuación, en texto, se hace elenco de tales Ordenanzas, conviene ahora advertir que ya algunas de ellas confirman lo dicho ahora en texto. Así, las Ordenanzas Alfonsinas de 1446 hablarán de la Carta de Mitad como «*costumbre... longamente uso e julgado*»; y las Ordenanzas Manuelinas, de 1521, de «*Santa Costumbre*». Y el Código Civil portugués de 1867, que consagrará la Carta de Mitad como régimen —ahora sí— legal supletorio de primer grado, se refiere a ella en varias ocasiones como «*la costumbre del reino*» (arts. 1098, 1099, 1108...).

(21) En el Título XI del Libro X de las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII se dice que «*todo homen que quyser non casará por arras segunda ha costume de vulla se nom quyser, mauys cassará a meyade así como falarey...*». Por su parte, el Título XII del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446 comenzaba diciendo: «*Costume foi en este Regnos, logamente usado e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a moler per Carta de meetade...*».

(22) Así lo explicaban las Ordenanzas Manuelinas en su inicio, cuando reproduce la petición de redactar unas nuevas ordenanzas ante los cambios experimentados por la Carta

lizado uso de dicho régimen, según las Ordenanzas Manuelinas, Felipinas y Juaninas, la Carta de Mitad regirá ya en toda Portugal, haciéndolo como régimen patrimonial conyugal presunto, para cuando no hay pacto entre los cónyuges sometiéndose a otro régimen económico o para cuando, aun habiéndolo, el pacto es defectuoso (23). Y así, como régimen presunto o de primer grado y con dicha extensión geográfica, se consagrará la Carta de Mitad en el Código Civil portugués de 1867 (arts. 1098 y 1099) (24); no ya así en el Código Civil portugués vigente (de 1966), donde el régimen de «comunidad general», como a partir de entonces se llama la antigua Carta de Mitad, sólo es pactado (art. 1732 del Código Civil) (25), mientras que, al igual que sucede en nuestro Código Civil (cfr. arts. 1316 y 1435.2.º del Código Civil español), el régimen legal supletorio de primer grado es el de gananciales, funcionando el de separación como régimen económico legal supletorio de segundo orden.

Todo lo dicho, sobre la incidencia de la Orden del Temple en Portugal. Su influencia en España, en Castilla, fue parecida, pero menos intensa: los caballeros templarios son pagados, son tratados como cualquier mercenario, y, además, se les guarda en Castilla cierto rencor por la ayuda que prestaron al Conado de Portugal en su independencia de Castilla. En España, la ayuda de los

de Mitad: «Otro sí, Señor, sabrá V. A. Que en nuestros reinos, a saber, en Extremadura, en Alem-tejo y en el Algarbe, había una muy Santa costumbre... lo que Señor, era muy al contrario en las comarcas de Beira, y entre Douro y Miño, y Trallos Montes».

(23) El Título VII del Libro IV de las Ordenanzas Manuelinas, de 1521, y casi reproduciéndolo el Título 46 del Libro IV de las Ordenanzas Felipinas de 1595, decía: «*Todos os casamentos que forem feitos em nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos per Carta de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contratado, porque entonce se guardará o que entre ellos for concertado*» («contratado», dirán, como único cambio en su redacción, las Ordenanzas Felipinas).

(24) Decía el artículo 1098 del Código Civil portugués de 1867: «*Cuando falte este pacto, se entiende que el matrimonio se ha llevado a cabo según la costumbre del Reino...*». Y añadía el siguiente precepto, el artículo 1099: «*Si los esposos declarasen expresamente en su contrato que pretenden casarse según la costumbre del Reino, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 1108 y 1124*»; en el primero de estos últimos, el artículo 1108, se sintetizaba el contenido de la costumbre de mitad: «*El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley*». Y en diversos lugares se refiere el Código Civil portugués de 1867 a la Carta de Mitad como «*la costumbre del reino*», ya de toda Portugal (vgr., arts. 1098, 1099, 1108...). Entre nosotros, explicaba la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), que conforme «á la legislación portuguesa, que en razon á ser dichos bienes libres, son comunicables entre los esposos, nacidos y casados en aquel país, por ser dicha comunicación de derecho en los matrimonios de dicha nacionalidad, salvo pacto en contrario».

(25) Dice actualmente el Código Civil portugués en dicho artículo 1732: «*Si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley*».

templarios servirá para reconquistarla frente a los moros; un auxilio que comienza en 1126, con Alfonso VII como rey de Castilla, y así a lo largo del tiempo y de otros reinados (de Sancho II, de Alfonso VIII, de Fernando III...) prácticamente hasta la abolición de la Orden Templaria en 1312. También como recompensa, por derecho de conquista, se le donaron a los templarios, al Bayliato, ciertos territorios extremeños. El primero en serlo fue Jerez de Badajoz, donado a la Orden del Temple en 1253 por Alfonso IX de León; ciudad que se constituyó en sede de la Orden del Temple y centro del Bayliato de Jerez de Badajoz, que a partir de entonces y así actualmente pasó a llamarse, no por casualidad, Jerez de los Caballeros, siendo necesario el apellido para distinguirse de Jerez de la Frontera. Tanto Jerez de los Caballeros como las demás ciudades y villas donadas al Bayliato de Jerez fueron repobladas por los francos, mas sin permitirse la masiva inmigración franco-borgoñona que, por el contrario, en Portugal sí se permitió. En su lugar, los que en mayor medida realizaron dicha repoblación fueron gallegos, los cuales acogieron sin problema la costumbre de comunidad absoluta para regir sus matrimonios, primero, frente al Fuero, por entonces común, de León, y luego frente al régimen común de Castilla; y ello por su hermandad tanto con los templarios, a los que ya conocían tiempo ha como protectores del camino de Santiago, como con los portugueses, cuando la lengua de unos y otros, gallegos y portugueses, era prácticamente idéntica, y muy rica, a diferencia del paupérrimo castellano de entonces. El terreno, pues, como suele decirse, estaba abonado para el régimen económico-matrimonial de comunidad universal. Pero, ¿por qué, entonces, el nombre de «Fuero del Baylío»? Probablemente, porque debió existir, primero para Jerez de los Caballeros y luego para las demás zonas extremeñas gobernadas por los franco-borgoñones, un Baylío —cargo jerárquico-militar de la Orden de los caballeros templarios (recuérdese lo explicado *supra*)— que concediere, o impusiese en su caso, tal costumbre o fuero en un documento desconocido, que aún hoy no se ha encontrado, tal vez porque ya no exista (26). Debió, pues, existir un «Fuero del Baylío don Fulano o don Mengano de tal, a favor de la ciudad de Jerez, de...» (27).

(26) Ya en el expediente remitido a Carlos III en la fecha de 25 de febrero de 1778, hecho por el Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, don Miguel Antonio Bernabeu, se advirtió: «No se encuentra este Fuero entre los papeles del Archivo de esta Ciudad; bien que no es mucho atendida la derrota que padezio en las invasiones de los Enemigos en la Guerra de Suzesion y por el año de diez según resulta de su justificación a instancia de los Síndicos de que se inserta testimonio pues pudo muy bien destrozarse o quemarse este documento entre los muchos que padezieron igual ruina».

(27) Por eso suele decirse, por parte de la doctrina, que aunque se ignore su fecha concreta, debió ser concedido dicho Fuero entre el año 1253 (fecha en que Jerez de los Caballeros es donado a los templarios) y el año 1312 (fecha de abolición de la Orden del Temple por obra del Papa Clemente V, instado, en España, por el Arzobispo de Toledo, siendo luego concedido Jerez de los Caballeros a la Orden de Santiago). Así lo creen,

Por eso mismo, tiene sentido el problema, resuelto por la Real Cédula de Carlos III de 1778, sobre Albuquerque, pues tal villa nunca perteneció al Bayliato de Jerez, nunca hubo un Fuero del Baylío tal a favor de la villa de Albuquerque. Lo que se aplicó en ella fue la Carta de Mitad, aunque tampoco de ella se encuentre rastro documental alguno (28), pero que se mantuvo tras la incorporación de Albuquerque a España, pasándose entonces a hablar del Fuero del Baylío, como también allí aplicable, por la identidad de su contenido con la costumbre portuguesa por ser ambas las ramas parejas de un mismo árbol. Lo mismo puede decirse de Olivenza, donde hoy se dice también que rige el Fuero del Baylío, cuando lo que rigió, como idéntico régimen económico-matrimonial, mas con diverso *nomen*, fue la llamada Carta de Mitad, dada su pertenencia a Portugal desde 1297 hasta 1801 (29). Y lo mismo puede decirse de Ceuta, que nunca perteneció al Bayliato de Jerez de los Caballeros y que cuando fue portuguesa, en 1415 (hasta 1640), la Orden Templaria llevaba, desde 1312, un siglo ya abolida (30).

Demostrado así, conforme a la opinión de MADRID DEL CACHO, el origen común (franco-borgoñón) de ambos fueros consuetudinarios, lo que a su vez

matices aparte, MARTÍNEZ PEREDA, M., *op. cit.*, págs. 219 y 220; MINGUIÓN, S., «Fuero del Baylío», en *NEJ*, T. X, págs. 301 y 302; y CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *op. cit.* (1974), pág. 82 y sigs.

(28) Decía el Alcalde Mayor de Albuquerque, don Juan Antonio de Mata y Vallejo, en su expediente de 21 de marzo de 1778: «No he podido hallar Instrumento alguno que exprese dicho Fuero aunque vivamente lo he solicitado; sólo he tenido noticia observarse en el Reyno de Portugal con el título de Ley de Mietade... extraño no se halle en el archivo de esta villa Privilegio ni Instrumento alguno que la acredite de legítima, conservándose en él muchos papeles antiquísimos no obstante las invasiones padecidas en este siglo y los anteriores y aunque sea cierto que esta villa en su principio fuese parte del Reyno de Portugal, luego que se unió a Vuestra Real Corona».

(29) Para más explicaciones al respecto, MOUTÓN Y OCAMPO, L., *op. cit.*, pág. 697; UREÑA, R., *op. cit.*, pág. 146, y MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 39 a 42. En contra, otros autores, como MARTÍNEZ PEREDA, M., *op. cit.*, págs. 221 y 222; CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *op. cit.*, págs. 25 a 27, e YZQUIERDO TOLSADA, M., «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», en *AC*, 1991, pág. 245, afirman que lo aplicado en Olivenza fue el denominado Fuero del Baylío, por la pertenencia de dicha villa a la Orden del Temple entre los años 1168 y 1174 y, luego, de 1258 a 1279. ¿Sólo por una ocupación templaria casi treintaña perdura hasta hoy una costumbre en Olivenza?, nos preguntamos. En cualquier caso, como hace el propio YZQUIERDO TOLSADA, tal cuestión, relativa a la aplicación en Olivenza del Fuero del Baylío o de la Carta de Mitad, es relativa ante la sinonimia de contenido de ambas normas.

(30) Para mayor detalle sobre la aplicación pasada, que no actual, de este régimen de comunidad absoluta en la Ceuta portuguesa, puede verse, entre otros, con autores, obras y opiniones allí citadas y encontradas, nuestro trabajo «El Fuero del Baylío: ¿es aplicable hoy para los ceutíes?», en la obra colectiva sobre *Historia de Ceuta*, a publicar en el año 2004 por el Instituto de Estudios Ceutíes, donde nos mostramos disconformes con la opinión de RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., «El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta», en *ADC*, 1962, págs. 999-1023, quien defiende la aplicación actual del Baylío en Ceuta.

prueba la identidad sustancial existente entre ambos, en cuanto regímenes económicos-matrimoniales de hermandad, cabe concluir, haciendo nuestras las palabras de MARTÍNEZ PEREDA (*op. cit.*, pág. 219), que «no tiene sentido para nosotros la discusión bizantina sobre si el Fuero del Baylío procede de la portuguesa Carta de a metade, o ésta procede de aquél; discusión equivalente para mí a la de cuál de dos hermanos —mellizos, además— procede de otro. Pero si no admito relación de filiación, sí sostengo —con MARTÍNEZ PEREDA— un paralelismo absoluto, porque la costumbre se observó de una misma manera y con el mismo sentido en territorios extremeños y lusitanos», con todo lo que ello supone —según veremos en los epígrafes siguientes— para conocer el contenido de la costumbre extremeña ante el parco apoyo documental patrio del que se dispone.

III. LA APLICABILIDAD ACTUAL DEL FUERO DEL BAYLÍO EN CIERTAS ZONAS DE EXTREMADURA, Y EL PROBLEMA DE CONOCER, Y PROBAR, SU ALCANCE Y CONTENIDO

1. LA POSIBLE PERVIVENCIA ACTUAL, AL MENOS EN TEORÍA, DEL FUERO DEL BAYLÍO, COMO COSTUMBRE FORAL, EN ALGUNOS PUEBLOS Y CIUDADES DE EXTREMADURA, EN VIRTUD DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA EXTREMEÑO

La subsistencia hoy día del Fuero del Baylío en ciertos lugares extremeños de Badajoz (31), sobre todo en aquellos que durante largo tiempo fueron portugueses, nos parece, junto a la *communis opinio* (32), posible, al menos en teoría:

(31) Recuérdese que tales lugares son, por un estricto orden alfabético: Alburquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Olivenza, Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Táliga, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valverde —de Burguillos—, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villarreal, y Zahínos.

(32) Prácticamente, sólo se muestra en contra de la supervivencia del Fuero del Baylío, sobre todo tras la entrada en vigor del Código Civil en 1889, UREÑA, R., *op. cit.*, págs. 138, 145 y 146, a quien luego se hará oportuna referencia. En una posición híbrida, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, Derecho de familia, relaciones conyugales*, T. V-1.º, Madrid, 1987, pág. 872, dice, por una parte, que en teoría, por Derecho, el Fuero del Baylío está derogado *ex* artículo 1976 del Código Civil al derogar éste todo el Derecho de Castilla, con inclusión, pues, de la Novísima Recopilación y de su referencia al Baylío. Y, por otra parte, dice CASTÁN que en la práctica, de hecho, el Fuero del Baylío sigue vigente, no obstante su derogación jurídica, por su continua práctica judicial (en diversas SSTs y RRDGRyN, a las que aludiremos después), lo que presupone su práctica social.

Primero, porque incluso en el *iter* temporal comprendido entre 1580 y 1640, cuando Portugal y España se unen bajo Felipe II, el régimen lusitano de mitad pervive: en general, porque Felipe II juraría ante las Cortes Generales reunidas en Tomar, el 15 de abril de 1581, que su idea no era la absorción de Portugal por Castilla, sino la existencia de una monarquía dual, respetando la autonomía —legislativa o jurídica, incluida— de ambos reinos; y, en particular, como una prueba más, entre otras, de ese respeto, porque las Ordenanzas Manuelinas de 1521 son mantenidas, con redacción casi idéntica, en las Ordenanzas Felipinas de 1595, concedidas por el propio Felipe II, reconociéndose así que para toda Portugal, y no sólo ya para el sur, con inclusión, pues, de algunas zonas actualmente extremeñas (como Albuquerque, la Codosera u Olivenza), regía la Carta de Mitad como régimen económico-matrimonial presunto o supletorio, no necesitado ya de acuerdo entre los cónyuges para que rigiera (33).

Segundo, porque Carlos III, en su Real Cédula de 20 de diciembre de 1778, y Carlos IV, en la Novísima Recopilación de 15 de julio de 1805, hablan de Albuquerque, de Jerez de los Caballeros «y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora», y dicen que «*semejantes fueros* —Baylío y Meatade— *no están derogados por las leyes del Reyno; antes bien, se hallan preservados en ellas, especialmente por la I y IV de las* —Leyes— *de Toro*» de 1505, que respectivamente, se refieren al respeto de los fueros y de las costumbres, diciendo, generalmente: «*Y porque los hosdalgos de nuestros Reynos han en algunas concausas fuero de alvedrío* —sic— *y otros fueros por que se juzgan ellos y sus vasallos tenemos por bien que les sean guardados*».

En tercer y último lugar, tampoco impide, al menos en teoría, la subsistencia del Fuero del Baylío como costumbre foral ni nuestro Código Civil, ni nuestra vigente Constitución, la de 1978; a saber:

El Código Civil español, en su redacción originaria de 1889: por una parte, en su artículo 6.II admite, aunque como segunda fuente del Derecho, en defecto de ley, las costumbres locales, esto es, forales; y el Fuero del Baylío, de regir en algunos municipios de Badajoz, sería —como venimos viendo— costumbre foral, o fuero consuetudinario —como se prefiera—, frente al Derecho común y legal —escrito y publicado o promulgado para toda España— que supone el propio Código (34); y, por otra parte, el artículo

(33) Recuérdesse lo explicado *supra*, en el epígrafe II.2, sobre las dos ideas básicas que fueron destacadas de todas las Ordenanzas portuguesas que reconocieron el régimen de la Carta de meatade.

(34) Tras decir el Código Civil español de 1889 en su artículo 5 que: «*las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y —que— no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario*», decía en su norma siguiente, el artículo 6, párrafo segundo: «*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho*».

lo 12 del Código Civil, conforme al artículo 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, admite, aunque con carácter provisional (con un «*por ahora*») y siempre que en efecto se demuestre («*en que subsiste*», dice), la pervivencia de los Derechos Forales, ya sean escritos o consuetudinarios, ya sean provinciales o territoriales, sin distinción, por tanto, entre fueros provinciales y fueros municipales —como es el del Baylío—, y sin importar que tales Derechos Forales presupongan o no una autonomía legislativa en el lugar donde existen y rigen, pues, en efecto, como explica con detalle DE CASTRO, muchos de esos territorios forales no la tuvieron a lo largo de su historia (Galicia, Vizcaya y Álava... —cfr. Base 13.^a de la Ley de Bases de 1888—), lo que no ha impedido la subsistencia, incluso hoy día, de sus fueros y costumbres (35). Y, por último, el artículo 1976 del Código Civil español de 1889, cuya redac-

(35) DE CASTRO, F., *op. cit.*, pág. 248 y sigs. Siguiéndole, para abundar con dicha explicación en la supervivencia del Baylío, MINGUIÓN, S., *op. cit.*, pág. 303; MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 87 y 88; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 242 y 243. En concreto, decía la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su artículo 5: «*Las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.^a, relativa a las formas de matrimonio*», que no sobre el régimen económico del mismo, cualquiera que sea su forma de celebración (civil o religiosa). Conforme a dicho artículo 5 de la Ley de Bases, dirá el artículo 12 del Código Civil de 1889: «*Las disposiciones de este título, en cuanto determinen los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del Título 4.^o, Libro 1.^o (...) En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales*». Tal vez haya que realizar, aunque sea aquí en nota, tres aclaraciones sobre el artículo 12 del Código Civil de 1889. La primera, sobre la frase final de su primer párrafo, cuando dice que también regirán en todo el Reino las disposiciones del Código Civil contenidas en el Título IV de su Libro I, esto es, sobre los efectos económicos del matrimonio. Tal error fue rápidamente subsanado por consolidada y reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo —siendo por ello innecesario citarla, ni mucho menos reproducir algunas de sus sentencias— ante la innegable realidad de que tradicionalmente los Derechos Forales habían sido por excelencia Derechos de Sucesiones y de Familia, con inclusión del sistema económico-matrimonial. Tal subsanación se hará realidad positiva, en cuanto legal, en el nuevo y vigente artículo 13 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, y en la que intervino, entre otros, MADRID DEL CACHO. Como segunda aclaración: cierto es que a veces la Ley de Bases de 1888 se refiere a los Derechos Forales de algunas provincias en concreto y sobre determinadas cuestiones, que no se refieren al sistema económico-matrimonial (*vid.*, bases 7.^a y 13.^a, y arts. 10 y 13 de la Ley de Bases). Hay quienes, como UREÑA, R., *op. cit.*, págs. 145 y 146, deducen de ello que el Fuero del Baylío no pudo subsistir tras la entrada en vigor del

ción se mantiene hoy, sólo derogó el Derecho Civil Común, esto es, el Derecho de Castilla, como así se decía expresamente en su primera redacción —antes de la vigente dada por Real Decreto de 24 de julio de 1889— conforme a la Base 27.^a de la Ley de Bases de 1888 (36); porque así lo era el Derecho castellano, considerado como común en el Reino español, desde los Decretos de Felipe V. Por eso, no plantea ningún problema, aunque sí sea obstáculo para Ureña (*op. cit.*, págs. 145 y 146), la pertenencia política a lo largo de la historia de las zonas de Extremadura donde regía el Fuero del Baylío a la Corona de Castilla, porque, como dice MADRID DEL CACHO titulan-do su obra, el Baylío sería «un enclave foral dentro del Derecho Civil de Castilla». El Fuero del Baylío, en tanto que practicado sólo en algunos pueblos de Badajoz, como dice DE CASTRO (*op. cit.*, págs. 248 a 250), siempre fue norma especial o excepcional, por regular un régimen económico-matrimonial de comunidad universal, frente al Derecho de Castilla, que regulaba el régimen de gananciales para el resto del territorio —la mayor parte— castellano no sometido a aquel fuero o privilegio. Tampoco ha de entenderse en teoría derogado —aunque sí para UREÑA (*op. cit.*, *loc. cit.*)— el Fuero del Baylío porque fuese extractado en la Novísima Recopilación que sí queda derogada *ex* artículo 1976 del Código Civil. En ella, como antes se advirtió (en el epígrafe II.1), también se recopilaban otros fueros y costumbres (catalanes, aragoneses, mallorquines, navarros...) que no por ello dejaron de ser fueros consuetudinarios que sobrevivirían, *ex* artículos 6 y 12 del Código Civil antes citados, al Código Civil.

Código Civil en 1889. Sin embargo, olvida este autor que tanto el artículo 12 del Código Civil de 1889, norma clave en la llamada «cuestión foral», como su inspiración, el artículo 5 de la Ley de Bases de 1888, hablan, *in abstracto*, de Derechos Forales en general. Por eso, la RDGRyN de 10 de noviembre de 1926, dirá: «Considerando que el referido Fuero —del Baylío— es una institución foral vigente en ciertas localidades del Reino, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, pues se trata de un régimen jurídico consuetudinario conyugal que no ha sufrido alteración por la publicación del repetido Código». Ciertamente, y sirva como tercera y última aclaración, en la elaboración del artículo 12 del Código Civil de 1889, y en la del Código Civil español en general, no participaron foralistas extremeños, sólo los de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Vizcaya. Pero, probablemente, como dice MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, pág. 86, tal ausencia obedeció a la apatía meridional de los pueblos del Bayliato.

(36) En la Base 27.^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se dice: «*La Disposición Final Derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el Derecho Civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio*». Y conforme a esta Base, decía en su redacción originaria el artículo 1976: «*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el llamado Derecho Civil de Castilla en todas las materias que son objeto de este Código, aunque no sean contrarias a él*».

Posteriormente, en 1974 se reformará el Título Preliminar del Código Civil, hoy aún vigente con la redacción dada tras esa reforma, incluidos los dos primeros preceptos antes indicados; pero en el fondo nada cambiará; nada, en teoría, se opondrá a la posible subsistencia y aplicabilidad del Fuero del Baylío en los municipios extremeños de Badajoz donde se practique. El actual artículo 1.3 del Código Civil, modificador del anterior artículo 6 del Código Civil de 1889, permite la existencia de costumbres como segunda fuente del Derecho, en defecto de ley, siempre y cuando la costumbre sea probada tanto en su existencia o vigencia, es decir, en su uso, como en su exacto contenido. Porque, como es sabido, para la costumbre, a pesar de ser fuente del Derecho, no rige el principio *iura novit curia*, de modo que los aplicadores públicos del Derecho (jueces, notarios, registradores...) no han de aplicarla de oficio, porque no tienen el deber inexcusable de conocerla. Y es que la costumbre, a pesar de ser norma jurídica, no está publicada, ni promulgada, sino que existe en el comportamiento social, en su uso. Por su parte, el artículo 13 del Código Civil vigente tras la reforma de 1974, sustituto del anterior artículo 12 del Código Civil de 1889, admite, ya sin provisionalidad (sin el «*por ahora*» de antes), la pervivencia de los Derechos Forales provinciales o territoriales. Nada, sin embargo, dice el artículo 13 del Código Civil, a diferencia de la expresa referencia contenida en el antiguo artículo 12, sobre el carácter escrito o consuetudinario del Derecho Foral. Pero según la opinión común —siendo por ello innecesario citarla—, cabe la existencia de costumbres forales, de normas forales no escritas, aunque, como dice el propio artículo 13.2 del Código Civil, siempre «*que estén vigentes*», por lo que, al tratarse de costumbres, habrán de ser probadas en su vigencia y alcance sustantivo, como así exige para cualquier costumbre el artículo 1.3 del Código Civil.

Finalmente, tampoco la actual Constitución Española de 1978 se opone, en teoría, a la pervivencia del Fuero del Baylío como costumbre foral. En su artículo 149.1.8.º CE no sólo se admiten los Derechos Civiles Forales, sino que se potencian (de la «*conservación, modificación y desarrollo*» de los mismos se habla), con independencia, dice el máximo garante e intérprete de la CE, el Tribunal Constitucional, de que se trate de Derecho escrito o consuetudinario (37). Ahora bien, condiciona el artículo 149.1.8.º CE la subsistencia de las

(37) Tal vez convenga recordar que cuando esa norma constitucional, el artículo 149.1.8.º CE, dice que es competencia legislativa exclusiva del Estado regular las reglas y normas sobre «*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*», en absoluto se está refiriendo al régimen económico-matrimonial. Según interpretación del Tribunal Constitucional, secundando en este punto las explicaciones previas de LASARTE ÁLVAREZ y de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, aquella expresión constitucional ha de coordinarse con el artículo 13.1 del Código Civil y entender, por tanto, que se refiere: por un lado, al sistema matrimonial, esto es, a las formas de celebración (civiles y religiosas) civilmente válidas (cfr. arts. 49 y sigs. del Código Civil); y, por otro, a los aspectos civiles, es decir, a los efectos personales del matrimonio, como así cabe entender desde el artícu-

normas forales civiles a su vigencia actual (*«allí donde existan»*, dice), de modo que tratándose de costumbre foral, como es el Baylío, habrá que acreditar su aplicación efectiva y su contenido. Por eso, en general, al amparo del artículo 149.3 CE, muchas Comunidades Autónomas no han tardado en reconocer en sus respectivos Estatutos de Autonomía la existencia de Derecho Foral consuetudinario propio (Valencia, Murcia, Asturias), llegando incluso a legislarlo, a convertirlo en ley, en norma escrita (vgr., Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos valenciana). Pero, ¿qué ha sucedido con el Fuero del Baylío?

En Extremadura, al principio, el artículo 12 de su primer Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 23 de febrero, contuvo sólo un reconocimiento genérico de su Derecho consuetudinario, entremezclándolo con las costumbres y las tradiciones populares y locales (38). Luego, aprobado ya un nuevo Estatuto de Autonomía extremeño, por la Ley Orgánica 12/1999, de 12 de mayo, el reconocimiento se hace más preciso: por un lado, se reconoce en favor de su Parlamento la competencia para legislar el Fuero del Baylío, que ya estima como auténtica norma consuetudinaria diversa de las simples tradiciones y usos populares (art. 11) (39). No se olvide que al seguir siendo dicho Fuero costumbre, como tal habría de probarse, lo

lo 13.1 del Código Civil. Se refiere, así, el artículo 149.1.8.º CE a lo que la propia Constitución dice en otro lugar, en su artículo 32.2: *«La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»*. Para mayor detalle al respecto, puede verse, como más reciente, la obra de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La diversidad de legislaciones en España*, Valencia, 1998, con autores, obras y opiniones allí citadas y encontradas.

(38) Decía ese artículo 12 del Estatuto autonómico extremeño: *«Corresponde a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su Derecho Consuetudinario y las culturales, así como el acervo de las costumbres y tradiciones populares de la región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales»*. En su momento, ese reconocimiento tan genérico e impreciso fue muy criticado por algunos foralistas extremeños, como JUANES PECES y VILLALBA LAVA (abajo, en una nota posterior, citados), porque, aunque *ex* artículo 149.1.8.º CE pudiera subsistir el Fuero del Baylío, la Comunidad Autónoma extremeña, en cuanto Autonomía de segundo grado, carecía de competencia legislativa, por su propio Estatuto, para regular directamente, por ella misma, el régimen del Baylío. Sólo cabía, por entonces, *ex* artículo 150.2 CE, que Extremadura propusiese una Compilación del Baylío para su aprobación por el Estado; y así lo advierte JUANES PECES, no sólo en su artículo (*infra* citado), sino también como Ponente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 2 de noviembre de 1989.

(39) Dice ese artículo 11 del vigente Estatuto de Autonomía de Extremadura: *«1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho Consuetudinario —como tal vez son las comunidades pro-diviso con la concurrencia de los derechos dominicales de invernadero, agostadero, pastos y de labor (cada dos, tres o seis años)—. (...) 2. Asimismo, corresponde a la Comunidad Autónoma la protección de las peculiaridades lingüísticas y culturales, así como el acervo de las costumbres y tradiciones populares de la región, respetando, en todo caso, las variantes locales y comarcales»*.

que explica esa consagración de poder autonómico para legislarlo, para que siendo norma escrita, publicada o promulgada, *ergo* fácilmente cognoscible, no haya que probar ya su vigencia y contenido. Al respecto, varios han sido los intentos y Proyectos de Ley, pero hasta ahora todos ellos han abortado (40), a pesar de las fuertes reivindicaciones que se realizan hoy en tal sentido (41). Por otra parte, junto a esa competencia legislativa, el artículo 42 del vigente Estatuto Autonómico de Extremadura atribuye competencia jurisdiccional autonómica propia acerca del Fuero del Baylío, como cuestión a resolver en casación o en revisión por el Tribunal Superior de Justicia Extremeño (42), aunque de momento —que sepamos— no ha habido ningún pronunciamiento, ninguna sentencia de dicho tribunal al respecto.

Así las cosas, no hay obstáculo para que, al menos —insistimos— en teoría, siga rigiendo el Fuero del Baylío. Sin embargo, ese reconocimiento del mismo contenido en el Estatuto autonómico extremeño no deja de ser genérico y, en cierto modo, aunque no impotente, sí estéril, pues no ha desnaturalizado al Fuero del Baylío como costumbre. Por eso, cualquier extremeño, con vecindad civil en Extremadura, que hoy quisiera alegar la aplicación del Fuero del Baylío, habría de probar, porque así lo exigen los artículos 1.3, 13.2 del Código Civil y 149.1.8.º CE por tratarse de costumbre foral, tanto el contenido preciso de dicha costumbre, como su propia vigencia, tanto pasada como actual, en la comarca en concreto donde aquel extremeño tiene su

(40) El primero de tales intentos por legislar el Baylío fue un proyecto privado realizado, en su propia tesis doctoral, por MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 135 y 136. Los demás intentos serían oficiales, pero ninguno prosperó: uno de 24 de noviembre de 1972, hecho por algunos procuradores en Cortes bajo la dirección del propio MADRID DEL CACHO; otro de 1978, con CERRO SÁNCHEZ-HERRERA como vocal de la Comisión General de Codificación; y, finalmente, otro de 24 de marzo de 1993, que, sin embargo, no sería al final aprobado por el propio Parlamento de Extremadura.

(41) Como son las protagonizadas recientemente por JUANES PECES, A., «El Fuero del Baylío: capacidad normativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura para legislar dicho Fuero», en *Poder Judicial*, 1990, págs. 73 a 76; VILLALBA LAVA, M., «El Fuero del Baylío: el Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura», en *AC*, 1996, T. III, pág. 647 y sigs.; y SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J., «¿Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío?», en *AC*, 2000, T. II, pág. 503 y sigs. Todos estos autores abogan por una legislación actualizada del Baylío, adaptada a los nuevos tiempos; una posibilidad —¿necesaria?, nos preguntamos— de adecuación a la vigente realidad que apoyan en el siguiente párrafo final de la Real Cédula de 1778 (reproducido también en la Novísima Recopilación): «...sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser más conveniente que lo que hoy —en 1778— se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos».

(42) Dice literalmente ese artículo 42: «La competencia de los juzgados y tribunales de la Comunidad Autónoma de Extremadura será la establecida en las leyes orgánicas y procesales del Estado. No obstante, la materia civil se extenderá a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones relacionadas con el Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario extremeño».

domicilio. Esta es, en opinión de don FEDERICO DE CASTRO (*op. cit.*, págs. 248 y 249), la cuestión fundamental. Mas, ¿cómo puede probarse todo ello?

2. LA NECESIDAD DE PROBAR TANTO LA VIGENCIA COMO EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO, SI SE LE QUIERE APLICABLE, EN CIERTOS MUNICIPIOS EXTREMEÑOS DE BADAJOZ EN CUANTO FUERO CONSUETUDINARIO

2.1. *La posibilidad, en la práctica, de probar la vigencia actual del Fuero del Baylío en determinadas comarcas de Extremadura*

Probar la aplicación pasada, histórica de la costumbre del Baylío en algunos lugares de Badajoz no es tal vez —como se vio (en el epígrafe II)— problema alguno; pero, ¿se siguió aplicando después? ¿Se puede probar que, en efecto, rige aún hoy?

Quien así lo crea y alegue, deberá acreditar que está aforado, que tiene su vecindad civil en el territorio extremeño donde rige el Fuero (43), y, además, deberá demostrar la práctica de dicha costumbre, que se trata de un uso social, de un uso caracterizado por ser: público, usado de forma notoria y por todos conocida; constante, esto es, realizado de forma uniforme, por una pluralidad de actos uniformes, siendo necesarios, al menos, dice la común doctrina, tres o más actos, y que se practiquen de forma reiterada, duradera, continua o frecuente (100 años sin interrupción exigía el Derecho canónico medieval; y 10 ó 20 años se requería en las Partidas —leyes 5.^a y 6.^a del Título II de la Partida 1.^a—); y, por último, que se trate de un uso general, tanto en el espacio o ámbito local a que se aplica (zona extremeña de Badajoz, en nuestro caso, donde se alegue su aplicación), como en lo personal, que el uso sea realizado por la generalidad, próxima a la unanimidad, del grupo social perteneciente, por su vecindad civil, a ese ámbito geográfico.

(43) Recuérdese que el Fuero del Baylío, como cualquier Derecho Foral, no rige en un territorio sin más para cualquier persona que allí contraiga nupcias, ni para los bienes de un matrimonio que estén en ese territorio, sino para las personas que tengan la vecindad civil —que estén aforadas— en dicho territorio donde rige el Fuero, se casen o no en dicho lugar y tengan o no bienes en él. Así cabe entenderlo desde una interpretación conjunta de los artículos 14.4 y 16.3 del Código Civil, éste en su remisión a los apartados 2.º y 3.º del artículo 9 del Código Civil. Así lo advierten, refiriéndose al Baylío, YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 249, y VILLALBA LAVA, M., *op. cit.*, págs. 663 y 664. En cambio, acerca del antiguo artículo 15 del Código Civil (muy embrionario en la cuestión del Derecho interregional), se originó una gran polémica para determinar la vigencia personal del Fuero del Baylío: para unos había que atender al criterio de la vecindad civil —del marido, por entonces— (así, MARTÍNEZ PEREDA, M., *op. cit.*, págs. 353 a 355; MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 101 a 108), pero para otros debía aplicarse el criterio del *locus regit actum* (así lo dijo la RDGRyN de 10 de noviembre de 1926; y, siguiéndola, RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, págs. 1011 y 1012).

Y, ¿cómo puede probarse ese uso social con todos esos requisitos (público, constante y general)? En principio, cualquier medio de prueba es válido; así, por ejemplo, cabe: la prueba de testigos (normalmente por el testimonio de los más ancianos y reputados del lugar); la existencia de libros, recopilaciones o refranes, como el de Alburquerque sobre el Baylío (al principio de este trabajo reproducido), que hagan referencia actual y presente a la costumbre y a su práctica; de igual modo es admisible la prueba pericial, sobre todo mediante informes de expertos en Derecho (del Colegio de Abogados, Notarial, de Registradores...) (44), o de estudios doctrinales (libros, artículos en revistas especializadas), como en efecto abundan sobre el Fuero del Baylío. También cabe, y destaca, la prueba documental, especialmente, por ser de mayor fuerza probatoria, los documentos públicos (notariales y registrales), como, *a.e.*, cuadernos de partición hereditaria, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, sobre todo, si son de exclusión, o no aplicación, del Fuero del Baylío, pues éstas acreditarían la aplicabilidad tácita, o presunta, del mismo (45); de

(44) Como son, precisamente, y entre otros, los Informes de los Colegios de Abogados, de Notarios y de Registradores extremeños que precedieron a los Proyectos de Ley del Baylío, arriba citados, de 1972 y de 1978; o como son los informes y conclusiones de las Jornadas de Olivenza sobre el Fuero del Baylío celebradas los días 12 y 13 de noviembre de 1998. Vid., al respecto, SÁNCHEZ ARJONA-MACÍAS, J., *op. cit.*, pág. 503 y sigs.

(45) Así, por ejemplo, la RDGRyN de 10 de noviembre de 1926 resolvió un caso en que atendió a la voluntad presunta de las partes de no someterse al Baylío por expresar su voluntad de sujetarse al Derecho Común. Y es que de aplicarse, de suyo, el Fuero del Baylío, al ser régimen consuetudinario presunto o presumido, el pacto por el que los cónyuges se acogen al mismo sería innecesario. En cambio, de no aplicarse el Fuero del Baylío como régimen presunto, el pacto capitular, sometién dose expresamente al mismo, sí sería necesario, pero precisamente por la inaplicabilidad de aquél. Además, en sí misma considerada, tal sumisión convencional al Baylío podría responder a la libertad contractual que nuestro Código Civil, desde siempre en su artículo 1315 antes y después de 1981, concede en favor de los cónyuges para fijar el régimen económico al que aquéllos quieren someter su matrimonio. Nada impide, por ejemplo, que al amparo de ese artículo 1315 del Código Civil una o varias parejas de madrileños se sometan al Fuero del Baylío, pero no porque en Madrid rija dicha costumbre, sino por el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad llevado a cabo por tales matrimonios castizos. Tal vez sea necesario aclarar que ni siquiera antes de 1981 fue un obstáculo a tal pacto un precepto del Código Civil —hoy, tras 1981, ya derogado—, el artículo 1317, ya redactado en el Código Civil de 1889, que decía: «*Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos —matrimoniales o capitulares— las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código*». Tal precepto era fiel trasunto del artículo 1237 del Proyecto isabelino de Código Civil, de 1851, que decía: «*No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino*». El contenido de ambos preceptos no debe llevar al engaño. No se prohibía en ellos, en general, el sometimiento a un sistema económico-matrimonial foral. De haberse así interpretado el artículo 1317 del Código Civil de 1889 —vigente hasta 1981—, entonces, el artículo 12 del Código Civil de 1889 —actual art. 13 del Código Civil— y el respeto a los Derechos Forales en él consagrado serían pura ilusión

igual modo, como prueba documental, destacan las notas simples o las certificaciones de inscripciones en el Registro de la Propiedad de la titularidad común de los bienes de los cónyuges. Y la importancia de este dato es vital —nunca mejor dicho— para aquella costumbre, la del Baylío. Porque según el artículo 90.1 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1982, pero continuador, en esencia, de sus precedentes, *«los bienes que con arreglo al Derecho Foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquella tenga»* (46). O sea, que si por aplicación de un Derecho Foral los bienes del matrimonio han de ser comunes y se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad, en dicha inscripción el Registrador deberá hacer constar el nombre del fuero o del régimen económico que se aplica, habrá de nominar ese Derecho Foral, en nuestro caso el Fuero del Baylío, por el que se hace tal inscripción conjunta, de un bien como común o ganancial con independencia de las reglas del Código Civil sobre la naturaleza ganancial de los bienes de los cónyuges —cfr. art. 60.2.II de la Compilación catalana (47), sustituido, aunque con idéntica redacción, por el art. 64.4 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia catalán—.

Y, por no citar más ejemplos, también es prueba bastante de la vigencia del Baylío la existencia de sentencias judiciales aplicando con anterioridad dicha costumbre que se pretende alegar; al respecto, en las Partidas se decía con generosidad que bastaban dos sentencias aplicando la costumbre para estimar su vigencia como probada (leyes 5.^a y 6.^a del Título II de la Partida 1.^a). Sobrepassando ese *minimum*, suficientes en número son, dentro de la

o quimera. Según la común opinión doctrinal, incluido don FLORENCIO GARCÍA GOYENA en sus comentarios al Proyecto de 1851, en aquellas normas —art. 1317 del Código Civil de 1889 y su inspiradora de 1851— se prohibía que los cónyuges regularan los efectos económicos de su matrimonio de forma especial, o distinta a cómo se regulaba en el Código Civil, aludiendo sólo en su *nomen* o denominación a un fuero que, tras la entrada en vigor del Código Civil, estuviese ya abolido o derogado por su desuso; por el contrario, hubiera sido necesario escriturar el contenido completo de dicho fuero abrogado.

(46) Su más remoto antecedente, el artículo 130.1 del RH de 1861, mantenido en el RH de 1870, decía: *«Los bienes, que con arreglo á fueros y costumbres, pertenecieren á la comunidad conyugal, se inscribirán como propios de ambos cónyuges»*. Por su parte, el artículo 218.1 RH de 1915 será idéntico a su precedente, salvo en la expresión *«se inscribirá»*, que será sustituida, conforme al principio de rogación o inscripción voluntaria, por la de *«podrá inscribirse»*. Luego, el artículo 92.1 RH de 1947, anterior al actualmente vigente, decía: *«Los bienes que con arreglo a fueros y costumbres pertenecieren a la comunidad conyugal, podrán inscribirse como propios de ambos cónyuges»*.

(47) Que decía: *«Cualquiera de los cónyuges podrá exigir, siempre que en la inscripción de los bienes o derechos adquiridos por el otro se haga constar, que pertenecen al agermanament»*, que, como se dijo en nota al principio de este trabajo, es otro de los regímenes económicos-matrimoniales de comunidad absoluta o universal que existen en algunos Derechos Forales de España.

«jurisprudencia menor», las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cáceres y de Badajoz, mas ninguna, de momento, del flamante Tribunal Superior de Justicia extremeño, que aplican el Fuero del Baylío allí en los pueblos extremeños donde inmemorialmente se viene aplicando (48); también destacan, formando auténtica jurisprudencia, un par de sentencias del Tribunal Supremo y varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que igualmente se refieren al Fuero del Baylío aplicado a ciertas villas y pueblos de Badajoz (49). En ningún caso debe extrañar esta jurisprudencia sobre la vigencia del Baylío extremeño. Así hoy lo proclaman *de lege data* el Estatuto Autonómico de Extremadura de 1999 (en sus arts. 11 y 42 antes citados) y *de lege ferenda* los Proyectos —abortados— de legislación del Baylío realizados hasta la fecha, que muy bien podrían servir además como prueba de la vigencia o subsistencia del Fuero del Baylío en algunos municipios de dicha Comunidad Autónoma (50).

No hay, por tanto, demasiada dificultad en demostrar este extremo, relativo a la efectiva aplicación del Baylío. El verdadero problema es otro. Todas esas pruebas indicadas acreditan la vigencia actual del Baylío, pero no dan información completa acerca de su preciso contenido, bien porque lo silencian en absoluto (vgr., Estatuto autonómico extremeño), bien porque sólo proporcionan una visión fragmentaria del mismo (como sucede, prácticamente, con casi todas las demás pruebas señaladas). *¿Quid iuris?*

(48) Destacan, al respecto, la sentencia de la AP de Cáceres de 2 de noviembre de 1989, y las sentencias de la AP de Badajoz de 31 de diciembre de 1991; de 10 de mayo de 1993, refiriéndose a la aplicación del Baylío en el Valle de Santa Ana; la de 4 de mayo de 2000, sobre Jerez de los Caballeros; de 16 de junio de 2000, refiriéndose a Olivenza y a Higuera de Vargas, y la de 19 de diciembre de 2000, también sobre Jerez de los Caballeros.

(49) Así, entre otras, las SSTS de 30 de junio de 1869 (Col. Leg., tomo de 1869, núm. 196) y de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34), que se refiere a Albuquerque y a Jerez de los Caballeros; y las RRDGRyN de 19 de agosto de 1914, declarando como vigente el Baylío en Olivenza y en Alconchel; la de 10 de noviembre de 1926, que afirma la aplicabilidad del Baylío en Albuquerque y en Olivenza; y la de 11 de agosto de 1939, refiriéndose a Valencia del Ventoso.

(50) Así, el artículo 1 del Proyecto Privado de MADRID DEL CACHO, el artículo 8 del Proyecto de Ley del Baylío de 1972, dirigido por el propio MADRID DEL CACHO, y los artículos 1 a 3 del Proyecto Legal de 1978, dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, hacen prácticamente el mismo elenco, con algún que otro añadido, de pueblos extremeños, todos de Badajoz, ya citados *supra* en otras notas; esto es: Albuquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Olivenza, Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Táliga, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valverde —de Burguillos—, Valle de Matamoras, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villarreal, y Zahínos.

- 2.2. *La posibilidad de probar el contenido del Fuero del Baylío extremeño por su hermanamiento con la Carta de Mitad portuguesa. Un excursus sobre el equitativo régimen económico-matrimonial de comunidad universal en que consiste el Fuero del Baylío: comienzo, gestión, patrimonio común —activo y pasivo—, régimen supletorio, y liquidación*

En casi todos los estudios existentes sobre el Baylío suele respirarse cierto aire pesimista por la dificultad de conocer y de probar el contenido de dicho régimen matrimonial en las zonas de Extremadura donde rige. Suele afirmarse que en Extremadura, para acreditar el contenido del Fuero del Baylío, sus vecinos civiles cuentan sólo con dos textos —ya vistos a lo largo de este trabajo—: uno es la Ley 12, del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, cuyo único mérito reside en compendiar otro texto, el de la Real Cédula de Carlos III de 1778, que si bien es más amplio que el de la Novísima, dado que su objeto fue el de resolver la aplicabilidad del Baylío en Alburquerque, contiene muchas lagunas y algunos equívocos, cuando no equivocaciones (vgr., su referencia a Alfonso Téllez), que, precisamente, son los que han originado los problemas de interpretación de ambos textos que tanto atormentan a los juristas y, en general, a los ciudadanos extremeños. Ahora bien, habiendo sido ya demostrada (en el epígrafe II.2) la filiación natural que, por su común origen franco-borgoñón, existe, a modo de hermanos gemelos, entre el Fuero del Baylío extremeño y la Carta de Mitad portuguesa, que incluso fue la aplicada, con esa denominación, en algunos territorios de Badajoz (Alburquerque, Olivenza, La Codosera), además de los documentos españoles anteriores, ¿por qué no cabe acudir también para conocer el contenido del Baylío a las Ordenanzas portuguesas —como quedó demostrado— a todas ellas (las Alfonsinas —las dos—, las Manuelinas, las Felipinas y también las Juaninas), e incluso al propio Código Civil portugués de 1867, que recoge esa tradición consuetudinaria lusitana, transformándola en escrita, en Ley (51)? Ciertamente, estando ya derogadas todas esas normas y siendo, además, foráneas o extranjeras —por no ser españolas— para Extremadura, la única traba radicaría en la necesidad de alegar y probar su contenido, pues tampoco —como es sabido— para el Derecho extranjero, mucho más si ya está derogado en su país de origen, rige el principio *iura*

(51) No en vano, ni por casualidad, el régimen del Baylío que ha sido en varias ocasiones proyectado legislativamente por algunas comisiones extremeñas (recuérdense, los Proyectos de ley de 1972, de 1978 y de 1993) coincide, en esencia, con el existente ya en las normas portuguesas, y no sólo porque se hayan tomado éstas y otras normas como modelo para redactar aquellos borradores de ley o de compilación, sino porque, como venimos reiteradamente diciendo hasta la saciedad, el Fuero del Baylío y la Carta de Mitad son dos significantes con igual significado.

novit curia. Pero, ¿qué problema hay en la necesidad de probar el contenido de esas normas, tan exhaustivas y ricas al describir y regular el régimen matrimonial de hermandad, en comparación con el de contar solamente con los escuálidos e imprecisos documentos españoles de los Carlos (III y IV)?

A modo de *excursus*, algo extenso, pero necesario, permítasenos a continuación destacar algunos ejemplos, algunas perlas de esto último dicho:

El principal problema que plantea el Fuero del Baylío en los lugares extremeños donde se aplica, y que ha sido la preocupación y el objeto específicos de la mayoría de los estudios doctrinales existentes sobre dicho Fuero, se refiere al propio comienzo del régimen económico-matrimonial de comunidad universal, al momento mismo en que todos los bienes y todas las deudas se hacen comunes entre los cónyuges. El germen del problema radica, precisamente, en la equivocidad de la propia Real Cédula de Carlos III, cuando dice —reproduciéndolo así también la Novísima Recopilación— que «*todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales*». A la vista de esta frase, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34), única que se ha pronunciado sobre esta espinosa cuestión —no creadora, por tanto, de jurisprudencia—, pero secundada por parte —la minoritaria— de la doctrina, por algunas sentencias de Audiencias Provinciales extremeñas y por la unanimidad de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendió que la comunidad empieza con la disolución del matrimonio, que por aquel tiempo, y prácticamente hasta la reforma del Código Civil en 1981, sólo podía operar por la muerte de uno de los cónyuges, no ya, por supuesto, por el divorcio, ni siquiera por la declaración de fallecimiento (cfr. los antiguos arts. 52 y 195.3 del Código Civil y el vigente art. 85 del Código Civil) (52). Decía,

(52) Tal tesis es seguida, entre otras, por las RRDGRyN de 19 de agosto de 1914 y de 11 de agosto de 1939, considerando esta última «que la institución jurídica conocida por Fuero del Baylío produce, según la jurisprudencia (*sic*), la comunicación de todos los bienes existentes en el momento... de la disolución del matrimonio y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, a virtud del acto jurídico particional». La primera de ellas, la de 1914, decía en su Considerando 1.º que, «según lo declarado por el Tribunal Supremo en la expresada sentencia —de 1892—, la observancia del Fuero del Baylío en los pueblos en que es costumbre, no consiste en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al disolverse la sociedad conyugal». En los tribunales extremeños secundan esta interpretación, entre otras, las sentencias de la AP de Badajoz, de 4 de mayo y de 16 de junio, ambas de 2000. En la doctrina siguen esa interpretación, BOZA VARGAS, J., *op. cit.*, pág. 26; VILLARREAL, I., «El Fuero del Baylío», en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, pág. 747 y sigs.; MAHÍLLO SANTOS, J., *op. cit.*, pág. 159, y MOUTÓN Y OCAMPO, L., *op. cit.*, pág. 698. Tal vez esta interpretación de la Real Cédula de 1778 se deba también, tal vez —insistimos—, a la equívoca explicación que al respecto dio el tan seguido por todos GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, pág. 74, al decir

textualmente, la STS de 8 de febrero de 1892: «Considerando que la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título 4.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos á partición como gananciales, ó sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, que durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio».

Con razón, la mayoría de la doctrina, y algunas sentencias de las Audiencias Provinciales extremeñas, han venido criticando tal interpretación de aquel pasaje de la Pragmática y de la Novísima Recopilación, entendiendo que el régimen económico-matrimonial, que no es sólo régimen sucesorio o de partición hereditaria, contenido en el Baylío, comienza en el momento mismo de celebración del matrimonio (53). Con la intención de no dejar exhausto al lector con un gran listado de juristas que así piensan, baste aquí con apuntar sucintamente las más importantes razones que a la casi unanimidad de la doctrina lleva a criticar la opinión anterior:

En cuanto a la expresión —del todo desafortunada, por equívoca— de la Cédula Real y de la Novísima Recopilación —la de que «*se comunican y sujetan á partición como gananciales*»—, suele hacerse la siguiente precisión gramatical: en dicha frase se contienen dos verbos y una conjunción copulativa que denota la existencia de dos momentos, y de dos efectos, distintos en la vida matrimonial: el primero, el «*se comunican*», que se refiere a los efectos del matrimonio tras su celebración; y, el segundo, el «*se sujetan...*», que se refiere a los efectos tras la disolución del matrimonio (54). Además,

que en virtud del Baylío «se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentren á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No queremos decir que don Florencio opinase de la forma señalada por la STS de 1892, pero sí que quizá, sólo quizá, en esa frase se encuentre el germen de la errónea interpretación hecha luego por aquella STS, y por las que la siguieron, sobre el equívoco pasaje de la Real Cédula de Carlos III.

(53) Entre las sentencias que estiman el inicio de la comunidad de bienes y deudas con la misma celebración del matrimonio, destacan las sentencias de la AP de Cáceres, de 2 de noviembre de 1989, de 31 de diciembre de 1991 y de 10 de mayo de 1993, y la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

(54) Añádase a ello que, en verdad, tal frase («*se comunican y sujetan á partición como gananciales*»), aunque tomada de la Real Cédula de Carlos III, no es propia de éste, ni siquiera del Informe de sus Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, sino que son manifestación propia de don Alejandro Gutiérrez Durán, el Procurador y Personero Síndico de la villa de Alburquerque, en su expediente que promovió y dio como resultado aquella cédula regia.

conviene no olvidar, como quedó ya advertido (en el epígrafe II.1), que la razón de tal Cédula regia no fue la de hacer acopio escrupuloso del entero régimen del Baylío, sino la de pronunciarse acerca de su aplicabilidad en Alburquerque.

En lo sustancial, se alega por esta doctrina que ningún régimen matrimonial de comunidad universal —nacional o extranjero, pasado y actualmente vigente, de los cuales Madrid del Cacho (*op. cit.*, págs. 109, 117 y sigs.) hace detallado elenco— ha fijado jamás el inicio de dicha comunidad en el momento de disolución del matrimonio (55). Lo contrario es ilógico, irracional. El del Baylío, como cualquier otro sistema económico conyugal, aunque no sea el de comunidad absoluta, es régimen económico-matrimonial, no de sucesión o *mortis causa*, sino por y para el matrimonio, entre los cónyuges y para los cónyuges, cuyo fin es —hoy más que nunca por su constitucionalidad (art. 14 CE)— la igualación patrimonial de los cónyuges. De admitirse la interpretación del Tribunal Supremo, y de los que le siguen, se llegaría al absurdo de que la comunidad sólo surte efectos en el interregno comprendido entre la disolución del matrimonio —que por entonces, insistimos, sólo podía ser por muerte de uno de los cónyuges— y el momento de formalizarse las operaciones de liquidación de la comunidad. Se comunicarían, entonces, bienes cuando ya no hay cónyuges entre los que comunicar nada, pues la comunicación se haría entre el cónyuge supérstite o viudo —si lo hay— y los herederos del cónyuge premuerto. ¿Y si hay simultaneidad en la muerte de ambos cónyuges (cfr. art. 33 del Código Civil)? Sería un régimen económico-matrimonial que regiría sólo para los herederos de los cónyuges.

Estas son, en síntesis, las razones que mueven a la casi totalidad de la doctrina a considerar que el régimen económico del Baylío, como cualquier otro régimen económico-matrimonial, principia con la celebración misma del matrimonio. Sin la pretensión de añadir por nuestra parte nada nuevo a esta cuestión ya muy tratada, y en cierto modo manida, sobre la cual —como suele

(55) En concreto, dice como compendio MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, pág. 109: «En el Derecho histórico nacional y extranjero, en los casos en que actuaba la comunidad universal, se daba la siguiente casuística: (...) 1.º Comunidad iniciada al celebrarse el matrimonio: Fuero de Vizcaya (*sic*), Fuero del Baylío, Ordenações portuguesas, Costumbre de Sens y Costumbre de Auxerre —ambas francesas—. En cuanto a la comunidad universal paccionada, ésta se consideraba iniciada con el matrimonio en la hermandad llana aragonesa y en el *agermanament* de Tortosa. (...) 2.º Comunicación originada con la consumación del matrimonio con la *unitas carnis*: Costumbre de Palermo y Costumbres de la Alta Alsacia llamadas de la Ferrette. (...) 3.º Comunicación producida al año y día de matrimonio: Fuero de Eviceo. (...) 4.º Comunicación causada al nacer un hijo: Costumbres de Cerdeña, Corleone, Messina, Istria y Friuli, Costumbres de Flandes y Artois y Costumbres de Vrenin. (...) Así, pues —concluía— hay todo un elenco de soluciones»; mas ninguna de ellas, añadimos nosotros, atiende al momento de disolución del matrimonio.

decirse— se han derramado ya ríos de tinta y vertido montañas de papel, hay un dato que, en nuestra opinión, ha pasado desapercibido para esta doctrina, y que abunda en la interpretación que ella mantiene. La STS de 8 de febrero de 1892, si bien errónea sin duda, es producto de su tiempo. Y es que por entonces, recién promulgado el Código Civil en 1889 y a lo largo de algún tiempo, casi toda la jurisprudencia formada en torno al régimen económico-matrimonial de comunidad, incluida la de gananciales o de comunidad limitada, entendía que dicho régimen comenzaba con la disolución del matrimonio. Comprensible puede resultar que así lo entendiera la STS de 1892, dada la equivocidad textual de la Novísima Recopilación; y recuérdese que dicha sentencia dice que el régimen del Baylío comienza «al tiempo de disolución de la sociedad —añadiendo— que es el momento en que, con arreglo a la legislación común —¡la del Código Civil!—, se determina este carácter». Porque en este punto el Código Civil, desde su origen —en 1889— y hasta prácticamente 1981 en que fue reformado, se mostraba también equívoco sobre el comienzo del régimen de gananciales al decir en su artículo 1392: «*Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio —¡decía!—, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio*». Y ello así a pesar de que el artículo 1393 del Código Civil —antes de su reforma en 1981— dijera con claridad que «*la sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio*». Sin duda, también el texto codificado podía provocar interpretaciones dispares, cuando no erróneas, como así le sucedió en un principio al Tribunal Supremo al entender que también el régimen de gananciales comenzaba con la disolución del matrimonio. Aquella redacción del Código Civil no sería modificada hasta 1981, en que se mejora en cierto modo (cfr. art. 1344 del Código Civil vigente). Pero la corrección de fondo, para entender que el régimen de gananciales comenzaba con la propia celebración del matrimonio, se hizo ya mucho antes por el propio Tribunal Supremo en repetida y ya consolidada jurisprudencia, y ello sin necesidad de que se cambiara la redacción del antiguo y ya derogado artículo 1392. Por eso, no habría de extrañar que, superado aquel inicial error sobre el entendimiento del artículo 1392 del Código Civil, de haber hoy un pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca del Fuero del Baylío (o del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dada su competencia al respecto *ex* artículo 42 de su Estatuto de Autonomía vigente, de 1999), no incurriera de nuevo en el mismo error de la sentencia de 8 de febrero de 1892. Es de esperar, al menos en esta ocasión, que no se tropiece con la misma piedra dos veces, sobre todo ante los vaivenes existentes entre las diversas sentencias de las Audiencias Provinciales extremeñas que se han pronunciado al respecto.

En cualquier caso, sin la necesidad de entrar a fondo en este interesantísimo debate —cuyas líneas maestras ya exceden con mucho de las páginas y

del objetivo de este trabajo—, de acudir al régimen documentado sobre la Carta de Mitad para conocer su mellizo, el Fuero del Baylío, no existiría ningún problema o, de haberlo, quedaría zanjado, despejado. Según las Ordenanzas Alfonsinas, las de 1446, y las Juaninas, de 1640, el régimen de comunidad o hermandad plena y universal entre cónyuges de la costumbre de Mitad se iniciaba con la consumación del matrimonio, esto es, con la cópula carnal (56). Por supuesto, de regir hoy esta norma no habría de ser entendida al pie de la letra, sino entender que el comienzo del régimen coincide, en principio, con el himeneo, con el momento de celebración del matrimonio —como así dijo, adaptando aquella costumbre de consumación a su tiempo, el art. 1117 del Código Civil portugués de 1867— (57) conforme a los requisitos del Código (arts. 49 y sigs. del Código Civil), salvo que los contrayentes fijen otro momento de inicio, siempre posterior a las nupcias, conforme a lo permitido en el artículo 1345 del Código Civil sobre gananciales, cuyo antecedente, el artículo 1393 del Código Civil (redactado en 1889 y vigente hasta 1981), fijó ya el inicio del régimen de comunidad ganancial en el instante de celebración del matrimonio frente a las normas anteriores que exigían la convivencia —el consuno— de los cónyuges para que comenzara a regir la sociedad de gananciales (vgr., Ley 17, Título II, Libro IV del Fuero Juzgo, y Ley 1.^a, Título IV, Libro X de la Novísima

(56) Decían las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, en el segundo párrafo del Título XII de su Libro IV: «*E este costume foi fundado em razao, ca pois que per bem do dito cotume, tanto que o casamento he consumado, a molar he feita meeira em todos os beés, que ambos han...*». Por su parte, las Ordenanzas Juaninas de 1640, decían en el apartado primero del Título XLVI de su Libro IV: «*E quando o marido, e mulher forem casados por palavras de presente a porta da Igreja, ou por licença do Prelado forra della, havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens, e fazenda. E posto que elles queiraõ provar, e proven que foraõ recebidos á porta da Igreja, ou forra della com licença do Prelado, não serão meeiros*».

(57) Decía el artículo 1117 del Código Civil portugués de 1867, ya derogado: «*El dominio y posesión de los bienes comunes pertenece a los dos cónyuges ya durante el matrimonio...*». Y, entre nosotros, la propia RDGRyN, de 28 de enero de 1896, dirá que «el matrimonio en Portugal, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylio —*sic*—, produce la comunicación *ipso facto* entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros». Y así lo decía la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), aunque también refiriéndose al Derecho portugués y haciéndolo, no en sus Considerandos, sino en uno de sus Resultandos, lugar donde —como es sabido— antes las sentencias del Tribunal Supremo hacían acopio y reproducción de las alegaciones de los litigantes. Y así se ha previsto en los diversos borradores legales extremeños del Baylío; decía el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también el art. 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral, se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

Recopilación). Esta interpretación actualizada de las Ordenanzas portuguesas obedece a que las costumbres, en cuanto normas jurídicas, pueden también interpretarse, como permite el artículo 3.1 del Código Civil, adecuándose a la realidad social del momento en que se aplican. Obsérvese, además, como razón de lo prescrito en las Ordenanzas, que por entonces el Derecho Civil matrimonial era prácticamente coincidente, por inspirarse en él, con el Derecho Canónico matrimonial, y que hasta el Concilio de Trento de 1523 el matrimonio no se perfeccionaba hasta que no se consumara la cópula carnal. Incluso hoy, aunque a otros efectos, el Derecho Canónico, del que ya se ha desgajado en gran parte el Derecho Civil, sigue refiriéndose al matrimonio rato —celebrado— y no consumado (cfr. del propio Código Civil, su art. 80).

Otro de los problemas que suele plantear el Fuero del Baylío, a la hora de conocer su régimen, se refiere a la gestión (administración y disposición) del patrimonio común. Según la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, la de 8 de febrero de 1892, dado que según ella el Fuero del Baylío no rige hasta la disolución del matrimonio por muerte, antes de dicha disolución regiría el principio de gestión individual, por cuya virtud cada cónyuge gestionaría sus propios bienes, a salvo posibles limitaciones legales (como la del antiguo art. 1413 del Código Civil, o como hoy sería la del actual art. 1320 del Código Civil), o convencionales (58). Muy criticada también ha sido esta idea por la casi unanimidad de la doctrina —siendo por ello innecesario citarla—; dado que para ella la comunidad se inicia con la celebración de las nupcias, ha de regir, como regla, la cogestión, la gestión conjunta o en mano común de todos los bienes, precisamente por ser éstos comunes desde un principio, por parte de ambos cónyuges. Tampoco hay aquí lugar a la disputa de recurrir a la hermana gemela del Baylío, la Carta de Mitad portuguesa. Habiendo, conforme a las Ordenanzas portuguesas, un único patrimonio, que es común a ambos cónyuges, desde el momento mismo de contraerse matrimonio, para la administración y disposición de tal patrimonio —decían las dos Ordenanzas Alfonsinas— rige el principio de cogestión o gestión conjunta, o en mano común, que ha de ser realizada o consentida por ambos esposos, quedando siempre a salvo la potestad doméstica o de las llaves (art. 1319 del Código Civil) (59). En esto, puede decirse sin incurrir en anacronismo nin-

(58) Decía literalmente esa STS que «durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio» (*idem* la RDGRyN de 19 de agosto de 1914), y añadía: «Considerando que esta inteligencia de la observancia citada —reproducida ya antes— es además conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes ó por los pactos particulares y á la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al derecho común».

(59) En concreto, sobre la disposición de los bienes inmuebles, dice el Título XI del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, siguiendo el Título XI del Libro X de las

guno, la Carta de Mitad, y por ende también el Fuero del Baylío correctamente interpretado, han sido revolucionarios, han ido siempre muy por delante del Derecho Común de Castilla, de inspiración romana, y de nuestro propio Código Civil, que hasta 1981 no aboliría para la gestión de los bienes gananciales la autoridad y la licencia maritales que reflejaban, e imponían, la superioridad —personal y económica— del marido sobre la mujer para su protección por ser la esposa el cónyuge más débil (cfr. los antiguos, y ya derogados, arts. 57 a 61 del Código Civil *versus* los arts. 1322, 1375 a 1377, entre otros, del Código Civil vigente). Quizá por ello el del Baylío fue un régimen adelantado, por precipitado o inadecuado incluso, a la realidad social de su tiempo.

Otro problema que suscita el Fuero del Baylío en Extremadura afecta a la composición misma del patrimonio —activo y pasivo— común o ganancial:

En cuanto al activo patrimonial, en principio, todo es común, cualquiera que sea la fecha de adquisición —antes o después de celebrado el matrimonio—, y cualquiera que sea la procedencia —onerosa o gratuita—, la naturaleza —mobiliaria o inmobiliaria— y la situación —el *locus*— de lo adquirido por cualquiera de los cónyuges (60). Sin embargo, cierta doctrina discute, acerca del Baylío, si hay o no que excluir de esa masa patrimonial común los bienes vinculados y los bienes personalísimos (61). Tal duda no existiría de

Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII: «*Mandamos que o marido não possa vender nem alhegar bens alguns de raiz sem procuração o expreso consentimento de sua moler...*».

(60) Así lo decía, recuérdese, la Real Cédula de Carlos III de 1778, reproducida en este extremo por la Novísima Recopilación: «...el denominado Fuero del Baylío, conforme al qual todos —dice— los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos cónyuges llevó al matrimonio o hubo durante él». Ya a finales del siglo XVI, ANTONIO AYERVE DE AYORA (*op. cit.*, *loc. cit.*), decía que en el Reino de Portugal y en algunos lugares del Reino de Castilla «como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal, se guardan non las leyes de Castilla, sino la Costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la muger son comunes; y lo mismo es en la dote de la muger, y en otros cualesquier bienes que el marido y la muger truxeren, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la muger y sus herederos». Y es que incluso todo lo adquirido por cada esposo antes de casarse se convierte *ipso iure* en patrimonio común por sucesión universal. Así, también, se preveía en el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también en el art. 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

(61) Creen que sí han de excluirse tales bienes, para estimarlos como privativos de uno u otro cónyuge, CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 874; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Dere-*

acudir a la Carta de Mitad. En principio, como dicen todas las Ordenanzas regias lusitanas, el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867, e incluso el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente, y como ya se advertía en los expedientes e informes previos a la Real Cédula de Carlos III, todo bien pertenece a ambos esposos en mano común (62). Pero junto a esta regla hay, sin lugar a la hesitación ni al debate, excepciones. Como decía el artículo 1109.1.º y 5.º del Código Civil portugués de 1867, y mantiene hoy el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente, quedan excluidos de la masa patrimonial común: por un lado, los bienes personalísimos (cfr. para su significado, los números 5.º a 7.º del art. 1346 del Código Civil español sobre el régimen de gananciales); y, por otro, los bienes vinculados, que por aquel entonces, durante el siglo XVIII y principios del XIX, era los mayorazgos, las capellanías y los patronatos (63). No obstante, habiendo ya desaparecido tales

cho de Familia, 2.ª edición, Madrid, 1974, pág. 353, y VILLALBA LAVA, M., *op. cit.*, págs. 665 y 666. Y en la jurisprudencia menor, así lo dice la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

(62) En cuanto a las Ordenanzas, como síntesis de todas ellas, dirá el apartado tercero del Título XLVI del Libro IV de las Ordenanzas Juaninas, de 1640: «...queremos que comuniquen entre si todos os bens, que tiverem ao tempo do contrato do matrimonio, e todos os mais, que despois adquirirem, como se ambos fossen católicos». Mucho más tarde, dirá el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867: «El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley». Y, actualmente, dice el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente: «Si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley».

(63) El Código Civil portugués de 1867, tras decir en su artículo 1108 que: «el matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley», a continuación, decía en su artículo 1109: «Se exceptúan de esta comunión: 1.º Los censos, mientras no hayan adquirido la calidad de perpetuos... 5.º Los vestidos y ropas de uso personal de los esposos y las joyas esponsalicias entregadas por el esposo antes del matrimonio». Y, actualmente, el Código Civil portugués vigente, tras decir en su artículo 1732 que: «si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley»; añade en su siguiente norma, el artículo 1733: «Están exceptuados de la comunión: ...b) los bienes donados o dejados con cláusula de reserva o fideicomisaria, a no ser que la cláusula haya caducado; c) el usufructo, el uso o habitación, y demás derechos estrictamente personales; d) las indemnizaciones debidas por hechos verificados contra la persona de cada cónyuge o contra sus bienes propios; e) los seguros vendidos a favor de la persona de cada uno de los cónyuges o como cobertura de riesgos sufridos en bienes propios; f) los vestidos, ropas y otros objetos de uso personal y exclusivo de cada uno de los cónyuges, así como sus diplomas y su correspondencia; g) los recuerdos de familia de escaso valor económico». En cuanto a los documentos precedentes de la Real Cédula de Carlos III de 1778, el expediente de 25 de febrero de 1778, de don Miguel Antonio Bernabeu, Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, decía: «por el contrato matrimonial, así como se comunican los cuerpos de los contrayentes, igualmente se comunican los bienes... a excepción de los vinculados»;

vinculaciones, hoy habría que estimar como bienes vinculados y, por tanto, como excluidos del activo patrimonial común, como así dice el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente —en nota anterior reproducido—: las sustituciones fideicomisarias verticales (las de los arts. 781 a 785 del Código Civil español), las explotaciones agrarias familiares y las reservas hereditarias (las de los arts. 811 y 968 a 980 del Código Civil español).

En cuanto al pasivo patrimonial del matrimonio sometido a este régimen de comunidad universal, en principio, todas las deudas, con su correspondiente responsabilidad patrimonial, son comunes, de ambos cónyuges. Sin embargo, nuestra doctrina se pregunta, y debate, acerca del Fuero del Baylío si también han de incluirse en el pasivo patrimonial común las deudas antematrimoniales, esto es, las asumidas por cada cónyuge antes de contraer nupcias, y las deudas extracontractuales, como, por ejemplo, son las legales o las delictivas (64). Y si, en efecto, tales deudas son privativas, exclusivas de uno u otro cónyuge, la doctrina discute si del incumplimiento de las mismas el cónyuge deudor responde sólo con sus bienes propios (los personalísimos y los vinculados) o también con el patrimonio común o ganancial (65). Ningún problema sobre estas cuestiones hay si el régimen del Baylío se conoce a través de su homólogo, la Carta de Mitad. Según el Código Civil portugués de 1867, que respetaba en este punto la tradición consignada en las Ordenanzas, las deudas antematrimoniales no se incluyen en el pasivo común (art. 1113), salvo en los casos de los artículos 1110 y 1111, en que sí serán comunes por la aceptación, expresa o tácita, del otro cónyuge (66). Por su

por su parte, el expediente de 21 de marzo de 1778, de don Juan Antonio de Mata y Vallejo, Alcalde Mayor de Albuquerque, hablaba del «Fuero del Baylío —sic—, reducido a hacerse comunes entre los cónyuges todos los bienes libres...». Y, finalmente, el Informe de 30 de julio de 1778, de los Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Florida-Blanca, se refería a la comunidad de «todos los bienes (excepto los vinculados)».

(64) A favor de incluir tales deudas en el pasivo patrimonial común se muestran CASTÁN, J., *op. cit.*, pág. 875; y LACRUZ, J. L., *op. cit.*, pág. 353. En contra, MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 125 y 126.

(65) En contra, MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 125 y 126. A favor, la RDGRyN de 19 de agosto de 1914, que permitió la anotación preventiva de embargo de un bien comunal por la deuda —delictiva, en el caso— asumida por uno sólo de los cónyuges; una decisión que fue muy criticada por MADRID DEL CACHO (*loc. cit.*), pero avalada por LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, págs. 354 y 355, aunque apoyándose, más acertadamente creemos que la Resolución citada, en el antiguo artículo 1410 del Código Civil, antes de su reforma en 1981; y así lo estima hoy la mayoría de la doctrina *ex* artículos 1373 del Código Civil y 144.1.º-2.ª RH; entre los más recientes que abordan esta cuestión, YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 254 y 255, y VILLALBA LAVA, M., *op. cit.*, pág. 668.

(66) Decía el artículo 1113 del Código Civil portugués de 1867: «*Son comunes las deudas contraídas durante el matrimonio por acto o contrato de ambos cónyuges, por el marido con autorización de la mujer, por la mujer con autorización del marido... Cuando los bienes comunes no fueren suficientes para el pago de las deudas... quedarán a él*

parte, las deudas extracontractuales sí han de incluirse en el pasivo patrimonial ganancial en tanto hayan sido asumidas por cualquier cónyuge sin la oposición del otro y actuando en interés de la familia —art. 1115.1.º del Código Civil portugués de 1867 (67), muy similar en su *ratio* al art. 1366 del Código Civil español—. Y, por último, de las deudas privadas de un cónyuge (las del art. 1113 del Código Civil portugués de 1867), ante determinadas circunstancias sí puede llegar aquél a responder frente al acreedor con el activo patrimonial común —arts. 1112 y 1114 del Código Civil portugués de 1867 (68), muy parecidos a los arts. 1373 y 1374 del Código Civil español, sobre gananciales—.

Otro de los problemas que concierne al Fuero del Baylío es el modo de colmar sus vacíos o lagunas. O, dicho de otro modo, amén de que al régimen del Baylío sean aplicables las normas pertinentes sobre el régimen primario (vgr., arts. 1315 y 1317 a 1323 del Código Civil), ¿cuál es el régimen supletorio o subsidiario del Fuero del Baylío? La doctrina responde, casi en unanimidad, siendo MADRID DEL CACHO (*op. cit.*, pág. 17) uno de los primeros en afirmarlo, que, por la analogía existente entre el régimen del Baylío y el de gananciales —pues ambos son de comunidad, aunque el primero universal y el otro limitado— (art. 4.1 del Código Civil) y por la aplicación supletoria del propio Derecho común para suplir las lagunas de los Derechos Forales (arts. 13.2 del Código Civil —fiel trasunto del originario art. 12.2 del Código Civil de 1889— y 149.3 CE), habrá que

sujetos los bienes propios de cualquiera de los cónyuges». Y como casos excepcionales, los contenidos en los artículos 1110 («*se exceptúan también de la comunidad de bienes las deudas de los esposos anteriores al matrimonio, salvo: 1.º Si el otro consorte estuviere personalmente obligado o quisiese obligarse al pago de ellas. 2.º Si hubieren sido aplicadas al provecho común de los dos cónyuges*»), y 1111 («*Se incluyen entre las deudas mencionadas las que procedan de cualquier hecho anterior de los cónyuges, aunque la obligación de pagar sólo se haga efectiva durante el matrimonio*»).

(67) Que decía: «*Lo que dispone el artículo anterior —que en nota siguiente aparece reproducido— es también aplicable tanto respecto del marido como de la mujer: 1.º A las deudas que procedan de crímenes o hechos ilícitos practicados por alguno de los cónyuges*».

(68) Artículo 1112 del Código Civil portugués de 1867: «*Los acreedores de las deudas mencionadas en los artículos precedentes —ya reproducidos en notas anteriores— pueden, no obstante, hacerse pagar de la mitad de los bienes adquiridos, siempre que no basten a cubrir el crédito aportados al peculio matrimonial por el deudor, pero sólo después de disuelto el vínculo o cuando hay separación*». Y artículo 1114: «*A las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, sin anuencia de la mujer, quedan obligados los bienes propios del marido. (...) A falta de bienes propios del marido, estas deudas se pagarán. En todo caso, el pago no podrá ser exigido hasta después de disuelto el matrimonio o cuando hay separación de bienes. (...) Si las deudas se hubieren contraído en beneficio de ambos cónyuges o durante la ausencia o incapacidad de la mujer, siempre que el objeto de la obligación no consintiera esperar su regreso o cesación de la incapacidad, quedarán los bienes comunes sujetos a la obligación*».

acudir a las normas del Código Civil español que regulan el régimen económico-matrimonial de gananciales, con las correspondientes adecuaciones y con la exclusión, cuando proceda como es lógico, de aquellas normas que se refieran a los bienes privativos de uno u otro cónyuge y sean inadecuadas, pues, para el régimen del Baylío (como han quedado hasta aquí indicados, los arts. 1344, 1345, 1346, números 5 a 7, 1366, 1373 a 1377 del Código Civil...). Así ya lo dice expresamente y con alcance general, para el Derecho portugués, el artículo 1734 de su vigente Código Civil (69). Pero siendo esa la solución, algunos autores afirman —haciéndolo con gran fervor ARRIBA PORTALES— que en esa aplicación subsidiaria del Código Civil surgen fricciones entre el Código y el Fuero del Baylío (70). La principal colisión entre ambos acontece, se dice, en la liquidación del régimen económico-matrimonial una vez disuelto el mismo. Ante la cierta ambigüedad contenida al respecto en la Real Cédula de Carlos III («*se sujetan á partición como gananciales... por mitad*»), la doctrina, aunque dubitativa, propone la aplicación, con las adaptaciones pertinentes, de las normas del Código Civil español sobre reparto del patrimonio ganancial una vez disuelta la sociedad de ganancias (cfr. art. 1396 y sigs. del

(69) Que dice: «*Son aplicables a la comunidad general de bienes, con las necesarias adaptaciones, las disposiciones relativas a la comunidad de gananciales*». Y así lo preveía, entre nosotros, el artículo 10 del Proyecto de Ley del Baylío de 1972, hecho en Extremadura bajo la dirección de MADRID DEL CACHO: «Para lo no previsto regirán como subsidiarias todas (*sic*) las normas de la comunidad de gananciales del Derecho Común».

(70) Una de esas supuestas contradicciones, que ni siquiera merece ser mencionada en texto, la denuncia el abogado de Olivenza, RUIZ GONZÁLEZ, F., «Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío», en *La Ley*, 1999, T. II, págs. 1680 y 1681, para quien el Fuero del Baylío es inconstitucional, en concreto por ser contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE, porque la vigencia personal de dicho fuero se determina por la vecindad civil del marido, sin tener en cuenta la de la mujer. ¡Craso error! Nunca los Derechos Forales han abordado la cuestión del Derecho interregional. Sólo el Código Civil —al principio, en 1889, de forma muy embrionaria— se ha referido a tal cuestión. Además, lo que aplica aquel abogado, como regla deducida del propio Fuero del Baylío, son en verdad las reglas que sobre vecindad civil de los matrimonios determinaba el propio Código Civil antes de su reforma en 1990 conforme a las exigencias de igualdad que consagra nuestra Constitución con alcance general (art. 14 CE), y de forma particularizada para con los cónyuges (art. 32.1 CE). No se queda ahí RUIZ GONZÁLEZ; también añade que puesto que ahora cabe la disolución del matrimonio no sólo por muerte, sino también por divorcio, para evitar que los cazadotes se amparen en el Fuero del Baylío, en cuya virtud hay que repartir todos los bienes por mitad para su liquidación, propone como solución que para los casos de separación o de divorcio, la liquidación de la masa patrimonial común se posponga hasta la disolución matrimonial por muerte. Amén de otras incorrecciones técnicas, que no merecen la pena relacionarse aquí, con tal propuesta, sin más, el señor RUIZ GONZÁLEZ, aunque inconscientemente —así ha de entenderse en favor de su inocencia—, está haciendo apología del asesinato, del «conyugicidio». Además, si se me permite una broma grosera, nada hay más conforme al artículo 14 CE que el régimen del Baylío, pues de permitir éste, en efecto, los cazadotes, éstos podrán serlo de cualquier sexo; serán, pues, posibles tanto el «braguetazo» como el «calzoncillazo».

Código Civil) (71). Para la Carta de Mitad, en cuanto a su posible recurso para conocer y probar el contenido del Baylío, no cabe duda, como sinceramente tampoco creemos que la haya desde la frase de nuestra Real Cédula de 1778 (antes, entre paréntesis, reproducida). Todas las Ordenanzas regias lusitanas y el artículo 1123 del Código Civil portugués de 1867 decían que la liquidación del régimen económico-matrimonial sometido a la Carta de Mitad consistía en el reparto por mitad de todos los bienes entre ambos cónyuges, para el caso de separación (ya admitido por los arts. 1121 y 1204 y sigs. del Código Civil portugués decimonónico), o entre el cónyuge supérstite (viudo) y los herederos del cónyuge fallecido, tras la debida pretracción (art. 1321 del Código Civil español), para el caso de disolución del matrimonio —y del régimen económico— por muerte de uno de los cónyuges (72).

Y es aquí donde —supuestamente— surge la contradicción más grave, la del caso de disolución del matrimonio, y del propio régimen, por muerte de uno de los cónyuges, donde se denuncia por algunos juristas lo desproporcionado que sería aplicar primero el Fuero del Baylío (que supone la liquidación patrimonial por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del fallecido) y luego, acumulativa, pero sucesivamente, la legítima viudal, el usufructo legal del cónyuge viudo que, como legitimario o heredero forzoso, tiene sobre

(71) Así, antes de la reforma del Código Civil en 1981, CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *op. cit.* (1974), pág. 162 y sigs.; y ahora, reformado ya el Código Civil en 1981, así sigue creyéndolo, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 252, advirtiendo la necesaria adecuación de los artículos 1396, 1406.4.º y 1407 del Código Civil, y la del artículo 1398 del Código Civil, dice la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000. En particular, apoyándose en la frase de la Real Cédula y de la Novísima Recopilación —la de «se comunican y se sujetan á partición como gananciales... por mitad»—, razonaba CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *op. cit.*, pág. 165, que «la cópula —y— no expresa que los bienes se hacen o se transforman en gananciales, sino que se parten o dividen como si fueran gananciales, o sea, en la manera como se parten los gananciales; es decir, por mitad». En nuestra opinión, ya lo dejaba así de claro el texto regio de 1778.

(72) Las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII, en su Título XI, del Libro X, tras referirse a la división por mitad de ciertas donaciones entre el cónyuge supérstite y los hijos, añade: «e partirá per meyo con estes todas las cosas que anya con no morto tanbem o mayl come a rrayz». Las Ordenanzas Manuelinas decían, en su inicio, que en virtud de esta «muy santa costumbre, a saber, que cualquier hombre, o mujer, que son casados por regla y regimiento de la Santa Iglesia, quando alguno de ellos fallece de la vida de este mundo, el que queda vivo parte con los herederos del finado todos los bienes, que tenían, así muebles como raíces». Por su parte, dirá el artículo 1123 del Código Civil portugués de 1867: «Los bienes de la comunión se repartirán entre los cónyuges o sus herederos con la debida igualdad, colacionando cada cual lo que deba en la masa común». Y, a decir verdad, así de claro quedó ya en el Informe de los Fiscales, Campomanes y Floridablanca, remitido a Carlos III el 30 de julio de 1778, aunque tal pasaje no tuviese al final reflejo expreso en la Real Cédula de 1778: «llegando el caso de disolverse el matrimonio por causa de muerte u otra se dividen por iguales partes entre el superviviente y erederos (*sic*) del difunto».

el patrimonio hereditario *ex* artículos 807, 834, 837 y 838 del Código Civil español (73). Ello, dicen, supone un enriquecimiento injusto a favor del cónyuge viudo. *¡Ne bis in idem!* Ante tal despropósito concluirán diciendo, esos mismos autores, que el Fuero del Baylío es peligroso, injusto, falto de equidad, porque: por un lado, fomenta los posibles cazadotes; y, por otro, es posible que el cónyuge que no aportó nada al matrimonio se quede al final con la mitad, o, a la inversa, que el cónyuge que lo aportó todo se quede al final sólo con la mitad (74).

En nuestra opinión, por el contrario, lo injusto, por injustificado, es ese ataque al Fuero del Baylío y, por extensión, a la Carta de Mitad. En cuanto a lo del usufructo viudal, el cónyuge supérstite deberá elegir entre la propiedad de la mitad de los bienes que eran comunes durante el matrimonio o el usufructo legal vitalicio correspondiente sobre el patrimonio común (75); y, si se apura, es posible que ni siquiera tenga aquél elección, estando obligado al reparto por mitad sin más, sin poder optar por el usufructo viudal (76).

(73) Afirman tal colisión y desproporción autores, sobre todo, como ARRIBA PORTALES, P., «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil», en *RCDI*, 1945, págs. 263 y 264; MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, págs. 131 a 133, e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 254. En cambio, niegan tal contradicción, afirmando la compatibilidad entre ambas instituciones (Baylío y cuota legal usufructuaria), autores como BORRALLA SALGADO, T., *op. cit.*, pág. 140 y sigs.; y CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E., *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*, Madrid, 1964, pág. 166, aunque luego rectificaría este último autor su opinión (1974, págs. 179 a 181), afirmando que no es posible la concurrencia de ambas instituciones, salvo que así lo consienta expresamente el otro cónyuge, el causante o *decius*, en testamento, o que el cónyuge viudo herede *ab intestato*. Ninguna fricción plantea, sin embargo, según la unanimidad de la doctrina, la coexistencia entre el Fuero del Baylío y la reserva hereditaria común (arts. 811, 968 a 980 del Código Civil), por integrar ésta bienes vinculados que —recuérdese lo dicho *supra*— están excluidos de la masa patrimonial común. Por eso, en el artículo 12 del Proyecto de Ley del Baylío de 1978, hecho bajo la dirección de CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, se advertía que la comunicación foral de los bienes no podrá afectar en absoluto a la reserva común ni a la troncal que establece el Código Civil.

(74) Ya la Real Cédula de Carlos III de 1778 parecía insinuar tal desequilibrio al hablar del Fuero del Baylío, «EN CUYA VIRTUD, CASANDO UNA DONCELLA DE POCA EDAD, NOBLE, ROBUSTA, CON UN HOMBRE DE MÁS EDAD, NOBLE Y ACHACOSO, PERO DE MÁS CAUDAL, NO SE PRACTICA... ESTIPULAR LA DOTE O DONACIÓN... Y SE ESTIPULA POR EQUIVALENCIA DE EDAD, CALIDAD O ROBUSTEZ DE UNO DE LOS CONTRAYENTES, POR CONSIDERARSE SUPLIDA ESA VENTAJA CON LA COMUNIDAD DE BIENES QUE INDUCE AL FUERO... CAUSÁNDOSE GRAVÍSIMOS PERJUICIOS A LOS QUE CON BUENA FE HAN CONTRAÍDO MATRIMONIO CON SUJETOS DE DESIGUAL CAUDAL, EDAD, CALIDAD Y ROBUSTEZ, SIN ESTIPULAR DOTE, DONACIÓN U OTRA EQUIVALENCIA».

(75) Es la solución que proponen ARRIBA PORTALES, P., *op. cit.*, *loc. cit.*, e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, *loc. cit.*, quien dice que el cónyuge viudo tiene una obligación facultativa: una *res in obligatione* (derecho a la mitad del patrimonio conyugal) *plura in facultate solutione* (posibilidad de satisfacción mediante la elección de la legítima). Ya antes, la RDGRyN de 10 de noviembre de 1926 se había referido a la posibilidad de testar conforme al Código Civil sin tenerse que sujetar al Fuero del Baylío.

(76) De este modo se preveía en el artículo 7 del Proyecto de Ley del Baylío de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO, que decía: «La participación del cónyuge supérstite

Téngase en cuenta a este respecto que a lo largo de la Historia del Derecho, junto a ese usufructo propio del Derecho Romano, que era desconocedor del régimen de gananciales, se preveían otros medios para amparar económicamente al cónyuge viudo, tales como la dote germana del marido (las arras de nuestras Partidas); la dote romana de la mujer (77); o, precisamente, los sistemas de comunidad universal, como los del Fuero del Baylío o el de la Carta de Mitad. Por eso mismo, el Código Civil portugués de 1867, al imponer como mecanismo de liquidación el reparto del patrimonio común por mitad (según el art. 1123 ya visto), en sede de legítimas (arts. 1784 y 1785), no incluía al cónyuge viudo como legitimario. Tampoco lo hace ahora (art. 2157 del Código Civil portugués vigente). En cuanto a la innata injusticia del Fuero del Baylío y de la Carta de Mitad, de admitirse, o excusarse, tal injuria, habría que referirla, no sólo —como dice SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS (*op. cit.*, págs. 509 y 510)— a las demás comunidades universales forales hoy sin duda vigentes, sino también, *mutatis mutandis*, al régimen de comunidad relativa, al de gananciales que nuestro Código Civil regula como régimen legal presunto o supletorio de primer grado (art. 1316 del Código Civil) (78). Pero nada más lejos de la verdad. En los regímenes matrimoniales de plena comunidad, como el del Baylío, subyace la máxima expresión económica de amor y de igualdad —*ex* arts. 14 y 32.1 CE, en cuanto igualación económica o patrimonial— entre ambos cónyuges. Todo para ambos cónyu-

en los bienes de la comunidad conyugal, en cuantía de la mitad del patrimonio global, será incompatible con la percepción de cualquier otra cuota o asignación de carácter legal que pudiera corresponderle de acuerdo con la legislación común». Siguiéndole, el artículo 13 del Proyecto legal de 1978, dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, preveía que en caso de muerte, el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho a la cuota viudal usufructuaria establecida en el Derecho Civil Común, pero que el carácter de aforado no será obstáculo para que el cónyuge viudo ocupe el lugar que le corresponde según el Código Civil en la sucesión intestada del premuerto.

(77) Se hace esta observación sin desconocer, ni olvidar, por supuesto, que el origen y la consagración del usufructo en el Derecho romano respondieron a la necesidad de conjugar la supervivencia del cónyuge viudo con el derecho hereditario de los hijos.

(78) En la Universidad de Sevilla, el profesor ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, págs. 168 y 169, decía que «la más punzante injusticia que del régimen de gananciales se suele derivar no procede del sistema en sí, sino del Derecho sucesorio», como así podría decirse también del Baylío; y, como prueba de ello, recordaba: «Ningún caso más claro para exponer la aludida injusticia —del régimen de gananciales— que el del famoso matador de toros Rafael Molina (Lagartijo), narrado por Alonso Martínez, verdadero autor del Código Civil. Lagartijo había contraído matrimonio antes de alcanzar fama; ni él ni su mujer tenían bienes propios con anterioridad; los éxitos del diestro le permitieron reunir un buen capital durante su matrimonio, en el que no tuvo hijos. Fallecida *ab intestato* la mujer, su padre, como heredero de la misma, exigió al torero la entrega de la mitad de los bienes, por ser gananciales correspondientes a la esposa. Alonso Martínez cuenta que al ser informado Lagartijo de que, en efecto, había de entregarlos, exclamó: ¡Si llego a saber que, yo en el ruedo y mi suegro en el tendido, estábamos toreando al alimón...!»

ges, sin que exista lo mío y lo tuyo, y sin que ninguno de ellos pueda gestionar lo común sin el consentimiento del otro; cuerpo en cuerpo, patrimonio en patrimonio («*Leib an Leib, Gut an Gut*», según feliz, aunque algo morbosa, expresión germana acerca del régimen de comunidad absoluta; y «así como se comunican los cuerpos de los contrayentes, igualmente se comunican los bienes», decía, sobre el Baylío, el expediente de 1778 de don Miguel Antonio Bernabeu, Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros) (79). Que si tal régimen económico fomenta los cazadotes, tampoco. Al ser régimen presunto o presumido, cabría pacto en contrario de no ser deseado por los cónyuges (80). Pero de suyo, en caso de no excluirse convencionalmente la aplicación del Baylío, habrá pleno compromiso, entre-ga total entre los cónyuges: de cuerpo y alma, de bienes y deudas.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad Hispalense (Sevilla)

BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLÍO)

- ARRIBA PORTALES, P.: «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil», en *RCDI*, 1945, págs. 262-268.
- BENÍTEZ LÓPEZ, F.: «Extremadura y su Fuero del Baylío», en *Revista de Extremadura*, 1889, T. I.
- BORRALLA SALGADO, T.: *El Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, con prólogo de R. Gómez de Villafranca, Badajoz, 1915.
- BOZA VARGAS, J.: *El Fuero del Baylío*, Fregenal, 1898.
- BUYLLA, J.: «El Fuero del Baylío y el Código Civil», en *Anales de la Universidad de Oviedo*, 1902-1903, T. II.
- CARVALLO, W. J.: *Fuero del Baylío. Necesidad de una aplicación uniforme por los Registradores*, Madrid, 1879.

(79) Entre nosotros, don ALFONSO DE COSSÍO, en su Prólogo a la obra de MADRID DEL CACHO (pág. 4), decía del Fuero del Baylío que «en el fondo responde a una idea profunda, representativa del matrimonio concebido como un consorcio vitalicio que produce la comunicación de todas las cosas divinas y humanas entre los cónyuges, según la expresión feliz del jurista romano», refiriéndose a Modestino y a su añeja, pero aún vigente como pedagógica, definición de matrimonio: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*» (Digesto, 23, 2, 1).

(80) En fin, como dice la sentencia de la AP de Cáceres, de 2 de noviembre de 1989, «este Tribunal no alberga ninguna duda sobre la constitucionalidad de dicho Fuero —del Baylío—, por cuanto que en el contenido no afecta al principio de igualdad y el marido y la mujer se hallan en igualdad de condiciones, y en segundo lugar, porque en el propio Código Civil el artículo 1315 faculta a los cónyuges para pactar el régimen matrimonial que consideren conveniente».

CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E.:

— *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*, Madrid, 1964.

— «Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío», en *RDP*, 1973, págs. 109-126.

— *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974.

FERNÁNDEZ DÍAZ, J.: «El Fuero del Baylío», en *Revista de Extremadura*, 1906, T. VIII.

GARCÍA GALÁN, A.: «Antecedentes históricos del Fuero del Baylío», en *Poder Judicial*, 1990, págs. 53-72.

JUANES PECES, A.: «El Fuero del Baylío: capacidad normativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura para legislar sobre dicho Fuero», en *Poder Judicial*, 1990, págs. 73-76.

MADRID DEL CACHO, M.: *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, con prólogo de A. De Cossío y Corral, Córdoba, 1993.

MAHÍLLO SANTOS, J.: «Estudios sobre el Fuero del Baylío», en *Revista de Estudios Extremeños*, 1958, T. XIV.

MARTÍNEZ PEREDA, M.: «El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico», en *RCDI*, 1925, págs. 213-222 y 353-363.

MINGUIJÓN, S.: «Fuero del Baylío», en *NEJ*, T. X, págs. 301-303.

MOUTÓN Y OCAMPO, L.: «Fuero del Baylío», en *EJE*, T. XVI, págs. 694-699.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.: «El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta», en *ADC*, 1962, T. XV, págs. 999-1023.

RUIZ GONZÁLEZ, F.: «Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío», en *La Ley*, 1999, T. II, págs. 1680 y 1681.

SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J.: «¿Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío?», en *AC*, 2000, T. II, págs. 503-526.

UREÑA, R.: «Derecho Foral», en *EJE*, T. XI, págs. 138-146.

VILLALBA LAVA, M.: «El Fuero del Baylío: el Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura», en *AC*, 1996, T. III, págs. 647-679.

VILLARREAL, I.: «El Fuero del Baylío», en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, T. LXIII.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: «El Fuero del Baylío, vigente pero no viable», en *AC*, 1991, T. II, págs. 239-256.

Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal

SUMARIO: I. PUBLICIDAD DEL CONCURSO DE ACREEDORES A TRAVÉS DEL SISTEMA REGISTRAL: A) INCIDENCIAS OBJETO DE PUBLICIDAD. B) CASOS ESPECIALES. C) EFICACIA GENERAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—II. TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS SOBRE BIENES DEL CONCURSADO: A) DECLARACIÓN DEL CONCURSO. B) CONVENIO. C) LIQUIDACIÓN. D) ACTOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.—III. TRATAMIENTO REGISTRAL DE LAS EJECUCIONES SOBRE BIENES DEL CONCURSADO: A) CAPACIDAD PROCESAL DEL CONCURSADO. B) CLASIFICACIÓN Y TRATAMIENTO GENERAL DE LOS CRÉDITOS. C) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS EJECUCIONES: 1. *Declaración del concurso*. 2. *Convenio*. 3. *Liquidación*.—IV. CONCURSO DE PERSONA CASADA: INFLUENCIA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.

I. PUBLICIDAD DEL CONCURSO DE ACREEDORES A TRAVÉS DEL SISTEMA REGISTRAL

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal (LC) (1), hace realidad la deseada reforma de la regulación de las situaciones de insolvencia. La propia Exposición de Motivos de la Ley relata el largo proceso que ahora culmina y el mundo jurídico español tiene sobrados doctores para hacer la adecuada valoración del fondo y la forma de la nueva Ley. Por eso, voy a limitarme a examinar las repercusiones del nuevo texto legal en el ámbito registral, particularmente del Registro de la Propiedad.

(1) Publicada en el *BOE* de 10 de julio, junto con la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuestiones relacionadas con la organización judicial y los derechos fundamentales de la persona. El Proyecto de Ley (PLC), remitido al Congreso, fue publicado en *BOC* de 23 de julio de 2002, núm. 101-1, y el Dictamen de la Comisión de Justicia en *BOC* de 1 de abril de 2003, núm. 101-19.

A tal efecto me interesa resaltar algunas características generales de la nueva regulación:

1.^a *Simplificación*

A partir de ahora existirá una única ley y un único procedimiento. Se pone fin a la dispersión normativa y desaparecen los diferentes procedimientos, según la condición del deudor y la naturaleza de la insolvencia: quita y espera, concurso, suspensión de pagos y quiebra se reconducen a una única situación de concurso. Sólo este hecho es ya motivo de alegría para los operadores jurídicos y de seguridad para todos los ciudadanos.

No puede ignorarse, sin embargo, que la unidad procedimental no es absoluta: siguen existiendo un concurso necesario y otro voluntario, un procedimiento ordinario y otro abreviado, y, aunque se abandona la distinción entre comerciantes (o empresarios) y no comerciantes (no empresarios), en el nuevo texto se contempla con especial interés la situación concursal del profesional y del empresario, con todo acierto, porque son la actividad empresarial y la profesional las que dan lugar a situaciones de insolvencia. Lo único preocupante es que las matizaciones que dicha actividad y el deseo de evitar su interrupción y la desaparición de la empresa obligan al legislador a introducir, a veces, factores no absolutamente determinados. Así ocurre, por ejemplo, con el concepto de afectación de los bienes a la actividad profesional o empresarial del deudor o su carácter necesario para la continuidad de la empresa que condicionan el tratamiento que haya de darse a la ejecución de créditos que gocen de garantía real.

2.^a *Clarificación*

No sólo se unifica la regulación y el procedimiento, sino que también se aclara sustancialmente toda la materia. Para ello la nueva Ley se sistematiza en torno a tres momentos clave del procedimiento: la declaración del concurso, la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, con relación a los cuales se determina el régimen de capacidad aplicable al deudor y las consecuencias de la situación sobre su patrimonio activo y pasivo. Y no deja de contemplarse la conclusión misma del concurso a través de una resolución judicial, cuestión hasta ahora carente de regulación, así como la posibilidad excepcional de que se produzca una reapertura del concurso.

3.^a *Unificación ejecutiva*

Finalmente, y esto es importante para los Registradores, se reconoce al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para toda ejecución sobre bienes del deudor y para toda medida cautelar que afecte a su patrimonio. En ningún caso puede iniciarse una ejecución tras la declaración del concurso al margen de éste y se reducen al mínimo los casos en que una ejecución ya iniciada al declararse el concurso puede continuar fuera del procedimiento concursal. Refiriéndonos ya a la publicidad registral, lo primero que se observa es que la Ley contiene múltiples referencias al sistema registral. En muchos casos para ordenar la constancia en diferentes Registros de incidencias del procedimiento concursal. En otros, para regular las consecuencias de alguna de esas incidencias respecto de la persona o los bienes del concursado. Del alcance del concurso respecto de los actos que tengan por objeto bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del deudor me ocuparé en epígrafes siguientes. Me referiré ahora a la publicidad del concurso a través del sistema registral.

Conforme al artículo 24 LC, la publicidad registral de la declaración del concurso (y de las demás incidencias del concurso, por tanto) se lleva a cabo a través de Registros personales y de bienes. Entre los primeros, el Registro Civil, para personas naturales, el Registro Mercantil, para sujetos inscribibles en este Registro, y el Registro Público correspondiente, para personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil. Entre los de bienes, si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos a su nombre, a través del Registro Público que corresponda a la clase de bienes o derechos de que se trate. En cuanto atañe a los Registradores de la Propiedad, estos Registros serán el Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles, y el Registro de Bienes Muebles, para los bienes y derechos inscribibles en dicho Registro (buques, aeronaves, automóviles y vehículos de motor, maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo, otros bienes muebles registrables y garantías reales).

Es novedad, introducida en el trámite parlamentario del Congreso de los Diputados, el establecimiento de un procedimiento que asegure el registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales por las que el concursado sea declarado culpable y de las resoluciones por las que se acuerde la designación o inhabilitación de los administradores en los casos previstos en la propia Ley (art. 198 LC). La regulación, que implicará, probablemente, la creación de un nuevo registro público, se encomienda al Ministerio de Justicia.

Los artículos 23 y 24 LC se ocupan de la publicidad, registral y extrarregistral, de la declaración del concurso, estableciendo unas reglas que consti-

tuyen las normas comunes para todo el procedimiento, pues a ellos se remiten los demás artículos que regulan incidencias del concurso necesitadas de publicidad.

A) INCIDENCIAS OBJETO DE PUBLICIDAD

Pueden agruparse en torno a los momentos clave del procedimiento:

1. Declaración del concurso.

Auto que declara el concurso, con identificación de la persona del deudor, régimen de capacidad impuesto al deudor (intervención o suspensión) y nombramiento de administradores concursales (art. 24 LC).

Cambio en las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4 PLC).

Cambios en la administración concursal (art. 38.3 LC).

2. Convenio.

Aprobación judicial (sentencia, arts. 109.2 y 132 LC).

Cumplimiento íntegro (auto, arts. 139 y 141 LC).

Incumplimiento del convenio (sentencia, apelable, art. 140 LC).

3. Liquidación.

Apertura (auto o resolución judicial procedente, art. 144 LC).

4. Conclusión del concurso.

Resolución judicial firme que acuerda la conclusión del concurso (art. 141 y 177 y sigs. LC: revocación de la declaración, desistimiento de la solicitud o renuncia de todos los acreedores, cumplimiento del convenio o pago de todos los acreedores, agotamiento del patrimonio del concursado, transacción judicialmente aprobada).

5. Reapertura del concurso.

Reapertura del concurso (en caso de aparición de bienes del concursado persona jurídica, o nuevo concurso de persona física dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un concurso anterior por inexistencia de bienes, art. 179 LC).

No se contempla expresamente la constancia en los Registros mencionados de la sentencia que, al calificar el concurso, declare la inhabilitación de las personas afectadas para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona. El artículo 164.3 LC dispone solamente que de la sentencia que califique el concurso como culpable se

dará cuenta al Registro Público previsto en el artículo 198 LC. Al limitarse ahora la inhabilitación a los bienes ajenos, y no ser extensiva a los propios, pierde su razón de ser la constancia en el Registro de la Propiedad, cuya legislación sólo regula la inscripción de resoluciones que afecten a la capacidad del titular registral sobre sus propios bienes.

Tampoco se menciona la solicitud de declaración ni su admisión a trámite (providencia) entre las incidencias del concurso susceptibles de constancia registral. Puede ser debido a la carencia de efectos de la mera admisión a trámite de la solicitud o a la inmediatez de la declaración. La legislación registral sí preve la anotación preventiva de la demanda de resoluciones relativas a situaciones de suspensión de pagos, concurso y quiebra, como comprendidas dentro de las que afectan a la capacidad de las personas (art. 42.5.º LH y 142 RH). Teniendo el Juez del concurso la posibilidad de adoptar, tanto al admitir a trámite la solicitud como al declarar el concurso, las medidas cautelares que estime convenientes con la debida publicidad registral, será de su competencia ordenar o no la práctica de esta anotación, que, al menos, advertirá a terceros de la posibilidad de que se declare la situación concursal.

El vehículo formal habitual será el mandamiento del Juzgado que tramita el procedimiento. La LC atribuye la competencia funcional a los nuevos Juzgados de lo Mercantil (art. 8 LC), con sede, en general, en la capital de la provincia, y, transitoriamente, a los Juzgados de 1.ª Instancia. Regula, además, la competencia territorial, siendo de advertir que la nueva Ley trata de evitar la búsqueda intencionada de una competencia territorial considerando ineficaz, a estos efectos, el cambio de domicilio social acordado dentro de los seis meses anteriores a la declaración del concurso. Es el propio Juez quien aprecia de oficio su competencia (art. 10.5 LC), por lo que entiendo que es una cuestión excluida de la calificación del registrador, a quien bastará con apreciar que se cumple el requisito de la competencia funcional.

Dispone, por otra parte, la LC que la gestión de la publicidad registral se realice a través del procurador del solicitante de la declaración del concurso, salvo cuando el solicitante sea Administración Pública, en cuyo caso el mandamiento se remite directamente por el Juzgado (art. 24.5 LC).

No es muy preciso el texto legal en la terminología registral. En concreto, en relación con la declaración del concurso, dice que se inscribirá en el Registro Mercantil y se anotará en los Registros de Bienes, para más adelante señalar que, mientras no sea firme el auto de declaración del concurso, será objeto también de anotación preventiva. En relación con el convenio, habla de inscribir las limitaciones en la capacidad que, en su caso, se establezcan.

En la actualidad, la práctica habitual es la de la extensión de anotaciones preventivas, por su duración limitada, salvo cuando se trata del auto aprobando el convenio, en que se prefiere, por su vigencia indefinida, la inscripción.

En la nueva Ley, a falta de desarrollo reglamentario, parece preferirse también la anotación preventiva, con la servidumbre de tener que solicitar su prórroga cuando la situación concursal se prolongue más allá de la duración normal de la anotación (cuatro años) (art. 86 LH), lo que en la mente del legislador no será lo habitual, dada la agilización que ha querido introducir en la tramitación del procedimiento. Entiendo que, como ocurre en la actualidad, la inscripción es más apropiada para la constancia registral del convenio, por su carácter primordial de acuerdo entre particulares.

No queda claro a qué anotación preventiva se refiere el texto legal para la declaración de concurso que no es firme, habida cuenta de que la declaración firme es objeto también de anotación preventiva. Caben varias opciones: entender que la declaración firme da lugar a inscripción, reservando la anotación sólo a la declaración no firme; considerar que la declaración no firme puede dar lugar a una anotación preventiva de suspensión, de duración muy limitada (sesenta días) para dar tiempo a la obtención de firmeza, que permitiría convertir aquella anotación de suspensión en anotación de concurso; practicar, en ambos casos, una anotación preventiva ordinaria con expresión de la falta de firmeza o la firmeza que en cada caso corresponda. Con esta última práctica, por la que me inclino, se cumple la letra de la Ley y no queda desatendida la finalidad publicitaria de la norma.

La Ley se refiere expresamente a la constancia registral en el folio correspondiente a cada uno de los bienes o derechos inscritos a favor del deudor, y no menciona el Libro de Incapitados.

En cuanto a la hoja registral de los bienes, podría dudarse si la constancia registral debe hacerse en todos los bienes inscritos a favor del deudor o sólo en los que exprese el mandamiento judicial. A favor de esta última postura, cabría citar el artículo 40 LC, que refiere la intervención o suspensión de las facultades del deudor a los bienes que hayan de integrarse en el concurso, y los inconvenientes que pudieran derivar para un tercero, adquirente de bienes todavía inscritos a nombre del deudor, si se hiciese constar la declaración del concurso sobre un bien que, de hecho y de derecho, no pertenece ya al concursado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la masa activa del concurso está constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor al declararse el concurso y los que con posterioridad se reintegren al mismo o el deudor adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 76 LC) y que sería grave que, por falta de constancia registral de la declaración del concurso, se diera lugar a la inscripción de una transmisión sin haberse cumplido los requisitos que la situación concursal impone. Por lo tanto, parece más aconsejable la extensión del asiento correspondiente en la hoja registral abierta a todos los bienes inscritos a favor del concursado, estén o no expresados en el mandamiento judicial. Así se desprende, además, de la letra del artículo

lo 24.4 LC. En el caso de que se acreditara que alguno de los bienes inscritos a nombre del concursado pertenece realmente a un tercero, el Juez puede ordenar la cancelación de la anotación a solicitud de cualquier interesado o de la administración concursal.

Creo, conforme a la práctica habitual, que, será conveniente también anotar la declaración en la hoja abierta a bienes que, en su caso, se inscriban con posterioridad a nombre del concursado, por lo que dispone el citado artículo 76 LC. A este fin, sería necesario extender el asiento correspondiente en el Libro de Incapacitados, del cual no se hace eco el texto legal, pero que asegura que la situación de concurso se tenga en cuenta por cualquier registrador y por todos los juzgados a través de la publicidad telemática.

El contenido de los asientos, por lo demás, dependerá del objeto de la resolución judicial que se publica. La nueva Ley concreta el contenido del asiento a practicar en relación con la declaración del concurso (art. 24.4 LC) y con el convenio (art. 137 LC).

B) CASOS ESPECIALES

a) *Medidas cautelares (art. 17 LC)*

Aun cuando la LC prevé una especial agilización de los trámites, también en la declaración inicial del concurso, el artículo 17 LC permite al Juez acordar, al admitir a trámite la solicitud de declaración, medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor. El Juez debe decidir sobre la subsistencia de estas medidas cuando declare el concurso o desestime la solicitud y, cfr. artículo 21 LC, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que se produzca la aceptación del cargo por parte de los administradores concursales. Tales medidas se adoptarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entre las medidas cautelares, en lo que al Registro de bienes se refiere, aparte de la anotación de la solicitud en los términos que antes apunté, puede ser útil la anotación preventiva de prohibición de disponer, que impida la inscripción de actos del deudor tendentes al deterioro de su patrimonio, habida cuenta de la posibilidad que al deudor se otorga de continuar su actividad empresarial en tanto la administración concursal entre el ejercicio de su cargo (art. 44 LC).

b) *Embargo preventivo sobre bienes de administradores y socios*
(art. 48 LC)

Siendo el deudor persona jurídica, habida cuenta de la posible responsabilidad de sus administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, permite la LC que el Juez decrete el embargo de bienes o derechos de los administradores o liquidadores actuales o de los que lo hayan sido dentro de los dos últimos años, cuando exista fundada posibilidad de que el concurso sea calificado como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El Juez, al ordenar el embargo, fijará la cuantía que con el mismo se garantice.

Del mismo modo, el Juez puede acordar el embargo de bienes de los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada cuando resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

c) *Cancelación de garantías reales constituidas en beneficio de personas especialmente relacionadas con el concursado* (art. 97.2 LC)

Contiene la LC una medida que ha sido denunciada como desproporcionada. Se trata de la facultad otorgada al Juez del concurso de declarar extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de créditos de una persona calificada como especialmente relacionada con el deudor y ordenar, en consecuencia, la cancelación de los asientos registrales en que se hallaren inscritas.

La única condición exigida para ordenar la cancelación es que no haya sido impugnada la inclusión del crédito como a favor de persona especialmente relacionada con el deudor o que lo haya sido sin éxito.

Ahora bien, la calificación como persona especialmente relacionada con el deudor deriva de circunstancias objetivas y, en muchos casos, indiscutibles (parentesco, convivencia, socio, administrador). En estos casos parece imposible impugnar con éxito la calificación y, por tanto, será inevitable la cancelación de la garantía.

Dado que la cancelación de la garantía se basa en una presunción de fraude, debida a la especial relación del acreedor con el deudor, hubiera sido más justo admitir la prueba en contrario, como se admite ahora, tras el trámite parlamentario del Congreso, para el mismo supuesto en relación con las acciones de reintegración de la masa activa (art. 71 LC).

En el texto final de la LC han quedado acertadamente exceptuados de este régimen los créditos del número 1.º del artículo 93 (el texto legal dice por error 91), es decir, los concedidos por el cónyuge o persona que conviva

afectivamente con el concursado o lo haya sido o convivido con él en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

- d) *Disolución del deudor-persona jurídica y cese de sus administradores, como consecuencia de la apertura de la liquidación (art. 145 LC)*

Señala el artículo 145 LC que la resolución judicial que abra la fase de liquidación del concurso de una persona jurídica contendrá la declaración de su disolución, si no estuviese ya acordada, y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal designada por el Juez, en calidad ya de liquidadora de una sociedad disuelta.

- e) *Cancelación de hoja registral mercantil y reapertura limitada (art. 178 y 179 LC)*

Como efecto adicional de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos, dispone el artículo 178 LC que, siendo el concursado persona jurídica, el Juez acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja registral, expidiendo para ello un mandamiento conteniendo la resolución judicial firme.

Si se produjera la reapertura del concurso por aparición de bienes, se limitará a la fase de liquidación de los bienes aparecidos. La constancia registral de esta resolución implicará una reactivación de la entidad con subsistencia de su disolución (cfr. art. 145 LC).

C) EFICACIA GENERAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Dejando aparte el cierre registral, que examino en epígrafes posteriores, en cuanto a la eficacia de la constancia registral de la declaración de concurso y sus incidencias cabe hacer las siguientes observaciones:

1.^a Los efectos de la situación concursal derivan de la declaración judicial y de las sucesivas resoluciones judiciales, no de su constancia registral. El asiento registral carece de carácter constitutivo. El conocimiento por el registrador de la situación concursal, aun no anotada, obligará a exigir el cumplimiento de las formalidades que la misma impone.

2.^a Por otro lado, la inscripción registral carece también de eficacia convalidante, por lo que el que contrate con el concursado quedará sujeto, en todo caso, a las consecuencias derivadas del régimen de capacidad aplicable

al mismo y su vulneración no resultará convalidada por el hecho de la inscripción registral del derecho adquirido (art. 33 LH).

3.^a En cambio, la situación concursal, puesta de manifiesto a través del asiento registral, gozará de eficacia enervante de la protección registral del tercer adquirente de un bien que perteneció al concursado frente a consecuencias derivadas de aquella situación (art. 34 LH), como expresamente reconoce la LC (arts. 72.2 y 73.2, respecto de las acciones de reintegración, y 137.2, respecto de las limitaciones impuestas en el convenio). De aquí el interés en que la situación concursal resulte anotada sobre todos los bienes que figuren inscritos a nombre del deudor.

II. TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS ACTOS VOLUNTARIOS SOBRE BIENES DEL CONCURSADO

El buen fin del concurso de acreedores, que no es otro que el de procurar la mejor satisfacción de los créditos, obliga a imponer sobre la capacidad del deudor determinadas restricciones. Existen tres regímenes diferentes de capacidad para el deudor:

- a) En la fase común, que se inicia con la declaración del concurso, se impone al deudor un régimen de carácter judicial, ya que es el Juez quien, al declarar el concurso, determina el régimen de capacidad del deudor en el ámbito permitido por la Ley.
- b) Con la aprobación del convenio, el ámbito de autonomía del deudor es de carácter convencional, ya que es el acuerdo entre el deudor y los acreedores el que establece o no limitaciones en las facultades de administración y disposición del deudor.
- c) Durante las operaciones de liquidación, las restricciones tienen, en cambio, marcado carácter legal e imperativo y no pueden ser alteradas por los interesados ni por el juez.

Debemos distinguir, por tanto, los efectos de la declaración del concurso, del convenio y de la apertura de la liquidación sobre los actos que tengan por objeto bienes del concursado y hayan sido otorgados a partir de su respectiva fecha. Mención especial merecen los actos anteriores a la declaración de concurso, que, en determinadas circunstancias, pueden verse afectados también por la situación concursal.

Antes de ello, debo hacer algunas consideraciones de carácter general:

1.^a Los actos otorgados con sujeción al régimen de capacidad correspondiente serán válidos y, por tanto, con libre acceso al Registro. En caso de incumplimiento de la obligación válidamente contraída, cabrá también la ejecución inmediata contra los bienes del concursado, ya que tales obligaciones

tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 89.4 LC) y, como tales, deben ser atendidas, de forma voluntaria o forzosa, a su respectivo vencimiento.

2.^a A diferencia del régimen actual respecto del quebrado, la inhabilitación general del deudor para administrar bienes sólo está prevista con carácter sancionador para el caso de concurso culpable y se limita a bienes y personas ajenas, no a los propios del deudor, pudiendo hacerse extensiva a otras personas además de al deudor. La sentencia que califique el concurso como culpable determinará la inhabilitación de las personas afectadas por el concurso para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona (por un plazo de dos a quince años) (art. 172 LC) (2).

3.^a La alteración que la situación concursal produce en la esfera patrimonial del deudor sólo cesa con la conclusión del concurso. Al concluir el concurso, cesan todas las limitaciones en las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación, que continuarán durante el plazo en ella señalado (art. 178 LC).

A estos efectos, cabe añadir también que el fallecimiento del deudor no determina la conclusión del concurso, sino su continuación como concurso de la herencia, correspondiendo a los administradores concursales la administración y representación de la herencia, que no puede ser partida mientras dura el concurso (art. 182 LC).

4.^a Puede producirse en determinadas circunstancias una reapertura del concurso con todas sus consecuencias. Cuando la conclusión del concurso se deba a inexistencia de bienes o derechos, si el deudor es persona física, aunque recupera su capacidad plena si no ha sido inhabilitado, queda responsable del pago de los créditos no satisfechos y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares mientras no se acuerde la reapertura del concurso o se declare otro nuevo. Si dentro de los cinco años siguientes tuviera lugar una nueva declaración de concurso del mismo deudor, se entendería como reapertura del concurso anteriormente concluido, incorporándose al procedimiento en curso todo lo actuado en el anterior (art. 179 LC).

En cambio, tratándose de deudor persona jurídica, el Juez, al declarar la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, acordará la extinción de la entidad y el cierre de la hoja correspondiente en el Registro Público en que estuvieren inscrita (art. 178 LC). También en este caso, cabe la reapertura del

(2) Se ha suprimido del texto legal, en trámite parlamentario, tanto la inhabilitación para administrar bienes propios, que se deja, sin duda, al ámbito de la incapacidad judicial, como su consecuencia, el nombramiento de un curador que administrara los bienes del deudor con las facultades que en el auto se determinen, previstas ambas medidas en el PLC (art. 173 LC).

concurso, que tendrá lugar cuando aparezcan bienes propiedad del deudor. La reapertura no determina una revitalización plena de la entidad, sino limitada a las operaciones de liquidación de los bienes aparecidos con posterioridad (art. 179.2 LC).

A) DECLARACIÓN DEL CONCURSO (FASE COMÚN)

1. *Régimen de capacidad del concursado*

Los efectos primeros de la situación concursal se producen en virtud del auto que declara el concurso y no comienzan, por tanto, sino en la fecha de éste. La admisión a trámite de la solicitud no produce alteración alguna en la capacidad del deudor, a salvo la que pudiera derivar de las medidas cautelares que el Juez decida adoptar (arts. 17 y 21 LC).

El auto judicial es ejecutivo, aunque no sea firme, y el recurso que contra él puede, ocasionalmente, interponerse no suspende su ejecución, salvo que el propio Juez disponga lo contrario (arts. 20 y 21 LC). De su contenido, expresado en el artículo 21 LC, se tomarán, como circunstancias propias del asiento registral, además de las generales de todo asiento (arts. 9 LH y 51 RH): la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, con expresión de su fecha (debe entenderse de la fecha desde la que es efectiva la intervención o suspensión, que vendrá dada por la de la resolución judicial declarando el concurso), así como el nombramiento de los administradores concursales (art. 24 LC).

En esta primera fase o fase común, el deudor queda sujeto al régimen de intervención o de suspensión acordado por el Juez (art. 40 LC). En el régimen de intervención, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero para su ejercicio debe contar con la autorización o conformidad de los administradores concursales; en el de suspensión, los administradores sustituyen al deudor, que pierde, en principio, toda capacidad de gestión. En el caso especial de concurso de una herencia, es competencia de los administradores concursales la administración y disposición de los bienes que integran el caudal relicto.

La regla general, aunque no vinculante para el Juez, es que se aplique el régimen de intervención cuando la primera solicitud de declaración la presente el deudor (concurso voluntario) y el de suspensión de facultades, cuando tal solicitud la haya presentado un acreedor (concurso necesario). El Juez puede, sin embargo, alterar esta regla al declarar el concurso y durante su tramitación, motivando su decisión (art. 40.3 LC).

Los administradores concursales son nombrados por el Juez en el propio auto de declaración de concurso, no pudiendo ejercer el cargo en tanto no lo

acepten formalmente, y acreditan su condición mediante documento que el Juez expide tras la aceptación del cargo.

En número de tres (salvo el supuesto de procedimiento abreviado en que basta con un solo administrador), actúan de forma colegiada, decidiendo por mayoría, pero, si por cualquier circunstancia sólo estuvieran dos en el ejercicio del cargo, actuarán de forma mancomunada. En uno y otro caso, puede el Juez atribuir competencias a alguno de los administradores de forma individualizada (art. 35 LC). El Juez tiene competencia para decidir, subsidiariamente, a falta de acuerdo de los administradores.

Los acuerdos y decisiones de los administradores se hacen constar en actas que se incorporan a un libro de actas legalizado por el Juez.

Las limitaciones en la capacidad del deudor se referirán a los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las facultades que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal (art. 40.6 LC). Deben integrarse en la masa activa todos los bienes presentes y futuros del deudor, es decir, los existentes en su patrimonio al declararse el concurso, los que se reintegren al mismo como consecuencia del ejercicio de la acción de rescisión y los que el deudor adquiera antes de que el concurso concluya (art. 76 LC).

Tratándose de deudor persona jurídica, suscita alguna duda la regulación legal. De un lado, se dice que la declaración del concurso no impide la continuidad de sus órganos de administración; por otro, se añade, que aquella continuidad se entiende sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento deba producir la intervención o suspensión acordadas; finalmente, se reconoce a los administradores concursales el derecho de asistencia y voz en los órganos colegiados. Se exceptúa solamente el supuesto de abrirse la fase de liquidación, en la que, necesariamente, se declarará el cese de los administradores (art. 48 LC).

Si, tratándose de órganos colegiados, los administradores concursales sólo tienen voz, pero no voto, resultaría que —salvo el caso de apertura de la liquidación— no podrían ser sustituidos los administradores de la entidad, y que ni siquiera sería preceptiva la conformidad de los administradores concursales en caso de intervención. Cabría, por ello, entender que la continuidad se refiere a la estructura del órgano de administración, pero no a su concreta composición, o bien, lo que parece más lógico, considerar que se mantienen la estructura y composición del órgano de administración, pero que será necesaria la conformidad de los administradores concursales en todo caso (acompañando a la decisión del órgano de administración, incluso en caso de suspensión de las facultades del deudor) y que, tratándose de órganos colegiados, los administradores concursales pueden intervenir, además, en sus sesiones, con voz pero sin voto.

2. *Actos otorgados en esta fase*

Naturalmente, los actos otorgados con sujeción al régimen expresado serán válidos y susceptibles de inscripción, acreditando en cada caso el requisito complementario que sea procedente (conformidad de los administradores, condición de éstos, etc.).

Por el contrario, no son válidos los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el auto de declaración del concurso. Respecto de estos actos, se dispone que podrán ser anulados a instancia de los administradores concursales, quienes pueden también convalidarlos o confirmarlos (art. 40 LC). La nueva Ley les somete, por tanto, a la sanción de anulabilidad.

La competencia para el conocimiento de las acciones de impugnación se reconoce al Juez del concurso. La legitimación activa para el ejercicio de la acción se deposita, exclusivamente, en la administración concursal, a quien corresponde también la facultad de decidir la convalidación o confirmación de tales actos. A los acreedores, así como a quienes hayan sido parte en el contrato afectado, sólo se les concede la facultad de requerir a la administración concursal para que se pronuncie sobre tales extremos.

En tanto soporten la condición de anulables, estos actos del concursado no pueden ser objeto de inscripción en Registros Públicos. La inscripción podrá practicarse si perdieran su carácter de anulables, lo que puede ocurrir en tres casos: convalidación/confirmación de los actos, desestimación de su impugnación y caducidad de la acción de nulidad (art. 40.7 LC). Cada una de estas circunstancias deberá acreditarse al registrador al solicitar la inscripción:

- a) La confirmación o convalidación deberá ser realizada expresamente por la administración concursal y en documentación auténtica, por lo que quedará acreditada mediante copia autorizada del documento otorgado.
- b) La desestimación de la acción de nulidad interpuesta resultará de una resolución judicial firme, dictada dentro del propio procedimiento concursal, por lo que debe ser acreditada mediante testimonio de la resolución dictada.
- c) La caducidad de la acción, finalmente, se produce, en primer lugar, por el transcurso de un mes desde la fecha del requerimiento efectuado a la administración concursal para que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción o de la confirmación del acto, sin que la administración actúe en algún sentido (este requerimiento puede ser efectuado por cualquier acreedor o por quien fue parte en el acto); en

segundo lugar, por el cumplimiento del convenio (3); y, en tercer lugar, por la finalización de la liquidación (4). Obviamente, la caducidad exige, además, que no se haya interpuesto la acción antes de la producción del hecho condicionante de aquella.

¿Cómo se acredita cada una de estas circunstancias? La única forma parece ser el documento judicial que exprese que se ha producido el hecho correspondiente (transcurso del plazo, cumplimiento del convenio, finalización de la liquidación, sin que conste en ningún caso la interposición de la acción).

Por tanto, para la inscripción de actos que merezcan la sanción de anulabilidad será preciso que el documento en que el acto se formalice sea acompañado de otro del que resulte acreditada cada una de las circunstancias expresadas que le hacen perder aquella condición: confirmación, desestimación de la impugnación o caducidad de la acción de nulidad.

A *sensu contrario*, como decía, son válidos e inscribibles los actos realizados con sujeción al régimen establecido en la declaración del concurso, es decir, por el deudor con la autorización o conformidad de los administradores, en caso de intervención, o por estos mismos, en caso de suspensión. A estos efectos, debo insistir en la necesidad de la actuación colegiada y por mayoría de los administradores —que no es equivalente ni puede ser sustituida por la comparecencia y conformidad al acto de dos de los tres administradores prescindiendo del otro—, o de su actuación mancomunada, cuando se haya reducido a dos su número, sin perjuicio de la atribución de competencias individualizadas, lo que deberá acreditarse con testimonio de la resolución judicial correspondiente.

¿Qué tipo de actos pueden realizarse en esta fase? No puede olvidarse que la finalidad del procedimiento es, básicamente, conservadora. La función de la administración concursal en esta fase inicial es, fundamentalmente, la conservación de la masa activa del modo más conveniente a los intereses del concurso (art. 43 LC). Por eso, la LC impone la prohibición de actos de enajenación o gravamen de bienes del deudor, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, salvo cuando se realicen con autorización judicial (art. 43 LC), que no puede ser sustituida. Es decir, se precisará en cada caso la voluntad del deudor y/o de los administradores concursales, acompañada de la autorización del Juez del concurso.

Ahora bien, la declaración del concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, salvo que el juez, a

(3) En el PLC bastaba con la aceptación del convenio por los acreedores.

(4) En el PLC se producía por el transcurso de seis meses desde la apertura de la liquidación.

propuesta de la administración concursal y oídos el deudor y los representantes de los trabajadores, acuerde su suspensión o cese (art. 44 LC). Por tal motivo, la Ley se ve en la necesidad de exceptuar de la necesidad de autorización judicial a los actos de enajenación o gravamen realizados en el ámbito del giro o tráfico empresarial del deudor (5).

A estos efectos, hay que tener en cuenta que la actividad profesional o empresarial puede seguir desarrollándose de la forma siguiente (art. 44 LC):

- a) En caso de intervención, hasta tanto se produzca la aceptación del cargo por los administradores, es realizada por el propio deudor, quien, sin perjuicio de las medidas cautelares establecidas por el Juez, puede realizar los actos del giro o tráfico de su empresa que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad y se realicen en las condiciones normales del mercado; aceptado el cargo, los administradores, que deberán autorizar los actos del deudor, pueden señalar actos del giro o tráfico para los que quede éste autorizado con carácter general.
- b) En caso de suspensión de facultades, los administradores adoptan las medidas necesarias para la continuación de dicha actividad. No prevé la Ley para este caso la posibilidad de que el deudor actúe por sí solo antes de la aceptación del cargo, aunque cabe pensar que, si debe asegurarse la continuidad de la empresa, se vea en la necesidad de realizar determinados actos en las mismas condiciones que en el caso de intervención, es decir, cuando tales actos resulten imprescindibles, con la obligación de realizarlos en las condiciones normales de mercado.

Pues bien, en lo que a efectos registrales se refiere, no cabe desconocer las dificultades que existirán para permitir el acceso de los actos de enajenación o gravamen exceptuados de la necesidad de autorización judicial, particularmente cuando sean otorgados solamente por el deudor. El caso más frecuente será el de constructores o promotores, para cuya actividad empresarial la adquisición o enajenación o gravamen de inmuebles es objeto típico. ¿Cómo se apreciará el hecho de ser el acto imprescindible para la continuidad de la empresa y de que se realiza en condiciones normales de mercado? Creo que no puede bastar, a efectos registrales, la mera manifestación al respecto del deudor, y, dado que partimos del supuesto de que los administradores concursales no han aceptado todavía el cargo, no queda más medio eficaz que

(5) Se ha suprimido en trámite parlamentario otra excepción que el PLC contenía para la enajenación de bienes de imposible, difícil o muy costosa conservación o que corrían peligro de perecer, sufrir grave deterioro o disminuir considerablemente de valor.

la resolución judicial acreditativa de tales circunstancias, lo que, indirectamente, implica un control de validez del acto otorgado, que, quizá, es lo que se trataba de evitar con el procedimiento legal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la prohibición especial impuesta a los administradores concursales de adquirir por sí o persona interpuesta, ni aún en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso (art. 151 LC), prohibición que, aun regulada en sede de liquidación, parece aplicable a cualquier fase del concurso.

B) EL CONVENIO

1. *Régimen de capacidad del concursado*

El procedimiento concursal tiende, por esencia, al acuerdo entre deudor y acreedores, mediante el cual, dando al deudor las facilidades necesarias, se posibilite la mayor satisfacción posible de los créditos sin liquidación de la empresa. La liquidación es más que nunca una alternativa no deseada al convenio.

El convenio no pone fin a la situación concursal (E. de M. LC) y suple, en cierto modo, durante su vigencia a la propia ley: la aprobación del convenio determina el cese de todos los efectos de la declaración del concurso. En su lugar, rige el contenido del propio convenio, sin perjuicio de los deberes generales de información y colaboración que la Ley impone en todo momento al deudor (art. 133 LC).

Los efectos del convenio comienzan con la fecha de la sentencia de aprobación, que es ejecutiva, pese a ser apelable, salvo que, en caso de recurso, el Juez acuerde la suspensión del convenio (art. 133 LC). Excepcionalmente, cabe también que el Juez acuerde una eficacia parcial del convenio anticipada a su aprobación (art. 133.3 LC, introducido en trámite parlamentario), sin alteración del régimen de administración concursal. Aun iniciada la fase de convenio, en tanto éste no es aprobado por el Juez, siguen rigiendo las normas de la fase común (art. 112 LC).

La LC, contra la opinión de quienes eran partidarios de una absoluta libertad contractual, ha delimitado el ámbito de autonomía de los interesados, imponiendo ciertas obligaciones y prohibiciones (art. 100 LC):

1.^a Contenido mínimo, y obligatorio por tanto, del convenio es un plan de pagos, incluyendo una propuesta de quita o espera, o de ambas, dentro de los límites legalmente permitidos. En este sentido, el convenio produce un efecto novatorio de los créditos afectados por su contenido (art. 136 LC).

Si se cuenta en el futuro con los recursos generados por la actividad propia del deudor, el convenio debe definir un plan de viabilidad, con especificación de los recursos previstos y las condiciones para su obtención. Los créditos que, en su caso, se prevean para financiar este plan tienen el tratamiento especial acordado en el propio convenio (6).

2.^a Son potestativas diferentes medidas, como:

- conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos;
- enajenación global de la empresa o unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, con asunción de deudas por parte del adquirente;
- fusión o escisión de la persona jurídica concursada;
- pagos o garantías prestadas por terceros (con su consentimiento);
- enajenación de determinados bienes para hacer frente al plan de pagos.

3.^a Está absolutamente prohibida la cesión de bienes a los acreedores en pago o para pago de sus créditos y la previsión de cualquier forma de liquidación global del patrimonio, así como pactos que impliquen alteración de la clase o cuantía de los créditos, salvo la propia quita acordada o lo que resulte del plan de viabilidad.

4.^a En materia de capacidad del deudor, puede el convenio establecer limitaciones o prohibiciones en el ejercicio por el deudor de sus facultades de administración y disposición (art. 137 LC). Por este motivo, cesan los administradores concursales, salvo disposición en contrario del convenio y sin perjuicio de lo acordado en la pieza de calificación (art. 133 LC).

5.^a Las propuestas de convenio han de ser incondicionadas, no admitiéndose otra condición que la de aprobación de los correspondientes convenios en los concursos conjuntos o acumulados.

El convenio ha de ser objeto de publicidad registral, siendo particularmente de interés hacer constar, aparte del hecho mismo de su aprobación, los pactos que delimiten las facultades de administración y disposición del deu-

(6) A diferencia de lo que ocurría en el PLC, en el que los créditos necesarios para financiar el plan de viabilidad sólo se hacían efectivos después de ser satisfechos todos los concursales (art. 99 PLC).

dor (art. 137 LC) o que prevean actos concretos de enajenación o gravamen de sus bienes.

2. *Actos otorgados en esta fase*

¿Qué sanción merecen los actos que infringen lo establecido en el convenio?

Conceptualmente, los actos realizados infringiendo las limitaciones impuestas en el convenio podrían haberse reputado nulos, por contravenir una prohibición que, aun de origen convencional, tiene cobertura legal y aprobación judicial, o anulables, por analogía con los actos realizados por el deudor vulnerando el régimen de capacidad impuesto por el Juez al declarar el concurso, siendo susceptibles, por tanto, de confirmación o convalidación.

No es así en la nueva ley. La LC se limita a señalar (art. 137 LC):

- a) La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas al deudor constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración puede ser solicitada al Juez por cualquier acreedor.
- b) La inscripción de las medidas limitativas o prohibitivas no impide la inscripción de los actos contrarios.
- c) La constancia registral de las limitaciones permitirá hacer valer contra un tercer adquirente de los bienes la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite para recuperar el bien transmitido.

Por tanto, los actos contrarios al convenio, sin perjuicio, además, de la posibilidad de denunciar el incumplimiento mismo del convenio, sólo quedan sometidos al posible ejercicio de acciones de reintegración. Atendiendo al origen voluntario de la restricción impuesta, se elude la sanción habitual de nulidad por la infracción de una prohibición legal o judicial y se deja a la voluntad de los acreedores la posibilidad de impugnar o no dichos actos, en función del perjuicio que se les haya ocasionado. Se ha preferido, por tanto, aplicar a estos actos el régimen de la rescindibilidad.

Los actos contrarios al contenido del convenio quedan sujetos, por tanto, a un régimen de rescindibilidad similar al de los actos perjudiciales realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Lo que no resulta claro es el motivo para la rescisión: ¿basta para declarar la rescisión el mero hecho de la infracción del convenio o se precisa, además, probar una intención fraudulenta o, al menos, el perjuicio a los acreedores? A mi juicio, este último requisito resulta necesario y suficiente de acuerdo en el régimen general de rescisión de actos en perjuicio de acreedores.

Es original el régimen de efectos de la constancia registral de las restricciones. La constancia registral de la limitación no impide la inscripción del

acto que la contraviene, lo que puede resultar de acuerdo con la naturaleza convencional de la limitación impuesta, pero no con el hecho mismo de su inscripción. En nuestro sistema registral, o la restricción no accede al Registro (prohibiciones en actos a título oneroso, cfr. art. 27 LH), o, si accede, impone el cierre registral para los actos contrarios.

El legislador ha preferido, por el contrario, permitir la inscripción de los actos contrarios, pese a la constancia registral de la limitación contravenida, pero quedando sometidos a la amenaza de rescisión, cuyos efectos, por razón de la constancia registral de la limitación, podrán extenderse a primeros y sucesivos adquirentes. ¿Por cuánto tiempo estarán amenazados? Indefinidamente, hasta que sea cancelada la restricción, lo que no ocurrirá mientras no se cancele la inscripción del convenio, por su cumplimiento o por la terminación de la liquidación a que, en su caso, se hubiera dado lugar.

Cabe pensar que sea aplicable a este tipo de actos la excepción que, en materia de acciones de reintegración, establece para los actos ordinarios del giro o tráfico de la empresa el artículo 71.5 LC, al que después me referiré.

C) FASE DE LIQUIDACIÓN

1. *Régimen de capacidad del concursado*

La liquidación, a la que se llega mediante declaración judicial en defecto o por incumplimiento del convenio, no tiene más objeto que realizar ordenadamente el pago de las deudas, previa realización de los bienes integrados en la masa activa.

Para ello se atiende, en primer lugar, al plan presentado por la administración concursal para su aprobación por el Juez, para cuya elaboración goza aquélla de total libertad, sin más límite que el que resulta de la recomendación legal de procurar la enajenación unitaria de las explotaciones o unidades productivas. En defecto de plan, la realización de los bienes se decide por el Juez con sujeción a las reglas que, supletoriamente, contiene la Ley.

Es lógico, por tanto, que en esta fase, el concursado quede sujeto, en todo caso, al régimen de suspensión de sus facultades de administración y disposición, siendo sustituido por los administradores concursales. Por eso, si en el convenio se hubiera pactado el cese de los administradores concursales, el Juez, al acordar la apertura de la liquidación, los repondrá en el ejercicio de su cargo. Tratándose de persona jurídica, la apertura de la liquidación determina su disolución y la sustitución de sus órganos de administración por los administradores concursales (art. 145 LC).

En general, dispone la LC que, salvo lo especialmente dispuesto, regirán en esta fase de liquidación las mismas normas que regulan de los efectos de la declaración del concurso (art. 147 LC).

2. *Actos otorgados en esta fase*

En esta fase no caben más actos que los que tienen por objeto realizar los bienes y derechos del deudor para con el producto obtenido satisfacer los créditos reconocidos, todo ello bajo control judicial. No quiere esto decir que la actividad empresarial cese por completo, ya que, como he dicho, una de las modalidades de liquidación es la enajenación en bloque de unidades productivas e, incluso, de toda la empresa, lo que implica que continúa su actividad propia.

Ordinariamente, en esta fase sólo se producirán enajenaciones de carácter judicial, con sujeción a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 149 LC), pero pueden tener lugar también actos de enajenación otorgados de forma convencional.

Ante todo, porque, como queda dicho, la liquidación debe realizarse con arreglo al plan propuesto por la administración concursal y aprobado por el Juez, lo que implica la realización de actos de enajenación por la propia administración concursal.

Como no impone el texto legal límites a la elaboración del plan, parece que la administración concursal disfruta de un amplio margen de autonomía, bajo la supervisión judicial, siempre con el objetivo de la mejor satisfacción de los intereses del concurso (art. 148 LC). No obstante, se dispone que, siempre que sea factible, se contemple la enajenación unitaria de establecimientos, explotaciones o unidades productivas (7).

Por otra parte, tratándose de bienes sujetos a garantía real, aun cuando su realización judicial ha de hacerse, ordinariamente, a través de subasta, la LC (art. 155) permite que el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del concursado y del acreedor, autorice su venta directa a quien ofrezca un «precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado». La autorización debe ser objeto de publicidad y, si tras el anuncio de la autorización, apareciesen mejores postores se abrirá licitación entre ellos.

En este caso la venta se realizará en forma convencional, es decir, otorgada por la propia administración concursal en nombre del deudor. No resulta claro cuál es ese «precio mínimo que se hubiese pactado», quiénes lo han pactado y con qué motivo. ¿Puede ser el tipo para subasta? ¿Resulta de un acuerdo expreso para esta enajenación y múltiple, entre deudor-acreedor privilegiado-administración concursal?

Además, cabe que el Juez autorice que el bien afecto a crédito con privilegio especial sea enajenado con subsistencia del gravamen y subrogación

(7) Recomendación introducida en el Informe de la Ponencia en el Congreso y aceptada por la Comisión de Justicia en su Dictamen.

del adquirente en la obligación del deudor, deuda que quedaría entonces excluida de la masa del concurso. La decisión judicial es vinculante para el acreedor, quien simplemente debe ser oído. Esta posibilidad parece aplicable a cualquier forma de enajenación, pública o directa, ya que la modalización afecta, exclusivamente, a la subsistencia de la deuda: en caso de subrogación del adquirente, subsiste la deuda con nuevo deudor y se excluye de la masa; en otro caso, es decir, si el juez no concede la autorización, que ha de solicitar la administración concursal, el producto de la enajenación se destinará en primer término a la extinción del crédito privilegiado, quedando el remanente para pago de los demás créditos (art. 155.3 LC).

A efectos de inscripción registral de los actos voluntarios de enajenación, servirá de título la escritura pública, otorgada, en representación del deudor, por la administración concursal, en la que se reseñarán las circunstancias de la enajenación, o las del plan de liquidación que se esté ejecutando, así como la autorización judicial, en los casos en que sea precisa. Cuando se haya autorizado la venta con subrogación del adquirente en la deuda, se harán constar las circunstancias de la misma.

Parece aplicable aquí también la necesidad de mandamiento judicial para cancelar las cargas que deban extinguirse como consecuencia del concurso y la enajenación y los asientos del propio concurso (si bien no es imprescindible que desaparezcan estos asientos, dado que sus efectos se limitan a la persona del deudor, que, como consecuencia de la enajenación, habrá dejado de ser titular registral).

Finalmente, debe tenerse en cuenta la prohibición de adquirir bienes del concurso, ni aún por subasta, a los administradores concursales, por sí o por persona interpuesta, bajo sanción de inhabilitación para el cargo, pérdida de los créditos que, en su caso, tuvieran contra el deudor y obligación de reintegrar a la masa el bien adquirido (art. 151 LC). Aunque no lo expresa el texto legal, la adquisición prohibida ha de reputarse nula, sin perjuicio de que deba ejercitarse la acción correspondiente, y no sería susceptible de inscripción en el Registro.

D) ACTOS DEL DEUDOR ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Es suficientemente conocida la problemática planteada por la regulación actual de la eficacia retroactiva de la declaración de quiebra. Según la jurisprudencia más extendida del Tribunal Supremo, el actual sistema conduciría a la nulidad automática y *erga omnes* de los actos comprendidos dentro del período de retroactividad (art. 878 del Código de Comercio). Frente a esta interpretación, la Dirección General de los Registros y del Notariado, algunas sentencias del propio Tribunal Supremo y la generalidad de la doctrina, de-

nunciando la inseguridad jurídica inherente a aquella jurisprudencia, se inclinan por un régimen de retroactividad no automático y limitado en su alcance frente a terceros. Esta tesis es la acogida en el nuevo texto legal.

A decir verdad, los redactores parecen querer huir de los problemas creados por la eficacia retroactiva de la declaración de quiebra, hasta el punto de obviar, incluso, el uso de este término, y, bajo la rúbrica de acciones de reintegración, regulan la rescisión de ciertos actos anteriores a la declaración del concurso perjudiciales para la masa activa. Hay, por tanto, una cierta, aunque mínima, eficacia retroactiva de la declaración del concurso, pero ésta sólo determina una modalización en la acción de rescisión de actos realizados en perjuicio de los acreedores.

Con el nuevo sistema se van a evitar los graves problemas que en el ámbito registral derivaban, en materia de quiebra, de la difícil armonización entre los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria. No pocas resoluciones han sido dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificación de los registradores en esta materia, que hacen referencia, entre otras, a las siguientes cuestiones:

1.^a Posibilidad de tomar anotación de quiebra sobre finca ya inscrita a favor de persona distinta del quebrado en virtud de transmisión realizada dentro del período de retroacción, o en virtud de segunda transmisión realizada por quien adquirió del quebrado. Plantea la cuestión de la eficacia de la quiebra frente a tercero que no es parte en el procedimiento e, incluso, que no contrató con el quebrado.

2.^a Posibilidad de inscribir un título de transmisión formalizado dentro del período de retroacción, pero presentado en el Registro cuando ya ha sido anotada la declaración de quiebra del deudor. Matices particulares presenta la hipoteca por el carácter constitutivo de su inscripción, incluso cuando la escritura es de fecha anterior a la de retroacción de la quiebra.

3.^a Posibilidad de inscribir la adjudicación aprobada en ejecución de una hipoteca inscrita antes de la declaración de quiebra del deudor, pero que había sido formalizada en escritura otorgada dentro del período de retroacción.

4.^a Posibilidad de practicar la cancelación, ordenada por razón de la quiebra, de inscripciones a favor de tercero que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que no ha sido parte en el procedimiento.

5.^a Posibilidad de cancelar la anotación de quiebra posterior a una inscripción de hipoteca, cuya constitución tuvo lugar dentro del período de retroacción, cuando se inscribe la adjudicación de la finca aprobada en el procedimiento de su ejecución y se ordena la cancelación de todos los asientos posteriores.

Estos problemas van a encontrar un adecuado tratamiento con la nueva LC, que en gran medida sigue la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Según la nueva normativa:

1.º La nulidad de los actos perjudiciales no se produce de forma automática, sino que exige declaración judicial.

2.º La rescisión, atendiendo al carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1294 del Código Civil), se basa en el perjuicio a los acreedores. Este perjuicio ha de ser probado, pero se presume en ciertos supuestos legalmente señalados: con carácter de presunción *iuris et de iure*, para actos a título gratuito y pago o extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración del concurso; y con carácter *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario, para actos a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las que las sustituyan (8).

Como excepción, introducida por el Informe de la Ponencia en el Congreso, se excluye ahora la acción de reintegración en relación con actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. Para valorar el acierto de esta medida piénsese, por ejemplo, en el escándalo social que suponía considerar nulas, con carácter general, las ventas de viviendas de una promotora, después quebrada, por estar comprendidas en el período de retroacción.

3.º A diferencia de lo dispuesto en el Código Civil, la rescisión no precisa de intención fraudulenta en el deudor, requisito que es sustituido por el hecho de haberse realizado el acto dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

4.º La eficacia de la acción —en esto la LC se aproxima al régimen del Código Civil— puede verse paralizada por la aparición de un tercero de buena fe o que goce de irreivindicabilidad o de protección registral. Se dispone, por ello, que la acción debe también ejercitarse contra terceros adquirentes cuando se pretenda desvirtuar su buena fe o la situación de irreivindicabilidad o de protección registral de que gozase su adquisición, y que, si por alguna de estas causas la reintegración del bien a la masa activa no fuera posible, se condenará al que contrató con el concursado a restituir el valor del bien más el interés legal y, si hubiese obrado de mala fe, a indemnizar todos los daños ocasionados. La prestación a favor de la otra parte como consecuencia de la rescisión se considera crédito contra la masa, salvo en caso de mala fe en que se califica de crédito subordinado (art. 73 LC).

(8) El diferente alcance de la presunción es fruto de la modificación introducida por la Ponencia del Congreso.

5.º La legitimación para el ejercicio de la acción se reconoce a la administración concursal, aunque excepcionalmente puede ser ejercitada por el acreedor que hubiera requerido a la administración concursal a tal efecto, cuando ésta no interponga la acción en un plazo de dos meses, con notificación en este caso a la administración concursal.

6.º Aunque no era necesario, el legislador se cree en la obligación de aclarar que el ejercicio de estas acciones rescisorias no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor, que se realizará también ante el Juez del concurso, con sujeción al procedimiento especial regulado en la Ley (art. 71.6 LC).

Bajo estas premisas, parece poder afirmarse que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley:

1.º Es posible, en general, la inscripción de actos del deudor anteriores a la declaración, aun comprendidos en el período de retroactividad (ahora limitado a los dos años señalados), aunque al solicitarse su inscripción conste ya la declaración de concurso del titular registral. Puesto que estos actos no son, por sí mismos, nulos ni anulables, no hay obstáculo para su acceso al Registro de la Propiedad.

Es dudosa la aplicación de este criterio respecto de garantías reales cuya inscripción tenga carácter constitutivo, es decir, sea requisito imprescindible para su existencia. En efecto, el artículo 90.2 LC supedita el reconocimiento del privilegio especial al cumplimiento de los requisitos y garantías previstas en la legislación especial para su oponibilidad a terceros (9). Se sigue el criterio de que sin publicidad no debe haber preferencia concursal. Este cumplimiento debe haberse producido ya en el momento de la declaración del concurso, fecha a la que debe referirse la formación de la masa pasiva (expresamente lo reconocía el Anteproyecto de 1995). Por tanto, si en esa fecha no se ha inscrito la garantía real, no parece posible su inclusión en la lista de créditos con privilegio especial, y, por tanto, tampoco debe ser posible ya su inscripción.

2.º Una vez inscritos, podrá instarse su rescisión en la forma expuesta, pero si el bien hubiese pasado a un tercer adquirente que goce aparentemente de la protección registral por haber inscrito su derecho en las condiciones legalmente exigidas, para que la acción produzca efectos frente a él deberá ser también demandado y condenado, dando así cumplimiento a las exigencias de la tutela judicial efectiva, legitimación y tracto sucesivo registral.

(9) En el Anteproyecto de 1995 se hablaba directamente de la necesidad de inscripción en Registro Público, exigencia que se ha visto sustituida por la más amplia de requisitos de oponibilidad.

3.º La anotación del concurso del deudor no impedirá la ejecución de hipotecas inscritas, aun constituidas dentro del período de rescindibilidad. En tanto no se inste su rescisión, la hipoteca inscrita debe entenderse válida y podrá ser objeto de ejecución en la misma forma que las constituidas con anterioridad a dicho período, según tendremos ocasión de examinar más adelante. Al inscribirse la adjudicación, podrá también cancelarse la anotación de concurso extendida con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

Si se hubiera tomado anotación de demanda de nulidad de la hipoteca, para su cancelación se estará a lo dispuesto en el artículo 131 LH: se cancelará la anotación de demanda de nulidad sólo cuando se tomó con posterioridad a la extensión de la nota marginal acreditativa de la preceptiva certificación de dominio y cargas. Lo normal, sin embargo, es que, siendo el conocimiento de la demanda de nulidad competencia del propio juez del concurso, éste decida esta cuestión antes de iniciar o al concluir la ejecución de la hipoteca, que también tendrá lugar, normalmente, dentro del procedimiento concursal.

Es conveniente que la interposición de la acción de reintegración sea objeto de anotación preventiva, incluida dentro de las de demanda del apartado 1.º del artículo 42 LH. Para su práctica, será imprescindible que la demanda se dirija no sólo contra quien contrató con el ahora concursado, sino también, en su caso, contra los titulares de asientos registrales extendidos con posterioridad, cuya cancelación se pretenda, y siempre contra el titular registral del dominio del bien objeto del acto a rescindir.

La estimación de la demanda dará lugar a la cancelación de los asientos que la sentencia ordene, siempre que sus titulares hayan sido demandados, quedando el bien de nuevo inscrito a favor del concursado. La desestimación de la demanda, por el contrario, determinará la cancelación de la anotación.

III. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS EJECUCIONES CONTRA EL CONCURSADO

Antes de entrar en el análisis de los efectos que la situación concursal produce respecto de las ejecuciones sobre bienes del deudor, conviene hacer una referencia, siquiera breve, a las consecuencias de la declaración del concurso sobre la capacidad procesal del deudor y al tratamiento general de sus deudas.

A) CAPACIDAD PROCESAL DEL CONCURSADO

La capacidad procesal del concursado sufre las mismas consecuencias, en general, que su capacidad de obrar. Aunque la nueva Ley no dedica artículos específicos para esta cuestión, se desprende su regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones individuales de los acreedores.

El deudor intervenido, puede decirse, conserva su capacidad procesal, si bien necesita la conformidad de los administradores concursales para desistir, allanarse o transigir en procedimientos en que la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio y para interponer demandas o recursos de trascendencia para su patrimonio (arts. 51 y 54 LC).

El deudor suspendido es sustituido por los administradores concursales en cuanto a acciones de índole no personal, y ellos mismos precisan autorización judicial para el allanamiento, desistimiento o transacción. El concursado conserva, también en caso de suspensión, la legitimación para el ejercicio de otro tipo de acciones, pero precisará la conformidad de los administradores para interponer demandas o recursos, allanarse, desistir o transigir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 54 LC).

Independientemente del régimen de capacidad del deudor, cuando se ejerciten acciones declarativas de trascendencia para el patrimonio del deudor en la jurisdicción contencioso-administrativa, social o penal (que quedan fuera de la competencia de juez del concurso) debe ser emplazada la administración concursal, la cual, si se persona, será tenida como parte en defensa de la masa (art. 50.2 LC).

En todo caso, también el deudor está legitimado para continuar procedimientos o ejercitar acciones, aun sin la conformidad de los administradores, si garantiza que los gastos y costas no perjudicarán a la masa activa, con exclusión en todo caso de los actos para los que la administración concursal precisa autorización del Juez (art. 51.2 LC).

B) CLASIFICACIÓN Y TRATAMIENTO GENERAL DE LOS CRÉDITOS

Aun cuando la nueva Ley simplifica el tratamiento de los créditos, reduciendo privilegios y preferencias para conseguir que se haga realidad al máximo posible el principio de igualdad de tratamiento (*par conditio creditorum*), no deja de haber una clasificación y un trato diferenciado según la clase, si bien siempre bajo el único control del Juez del concurso. Por esto se dispone que, sin perjuicio de las particularidades legalmente establecidas —incluida la de ejecución separada, en su caso—, todos los acreedores, ordinarios o no, quedan de derecho integrados en la masa pasiva, sin más excepciones que las establecidas en las leyes (art. 49 LC).

Junto a los créditos ordinarios, existen dos grupos de créditos que gozan de una discriminación positiva y otro que soporta una discriminación negativa. No son, propiamente, concursales los créditos contra la masa ni los derivados del plan de viabilidad acordado, en su caso, en el convenio.

Los créditos que gozan de discriminación positiva se denominan privilegiados y pueden serlo con privilegio general o especial, según que su privilegio recaiga sobre todo el patrimonio del deudor o sobre bienes concretos del mismo.

Gozan de privilegio general (art. 91 LC): los créditos salariales que no gozan de privilegio especial, hasta cierto límite; retenciones tributarias y de la seguridad social (10); los tributarios y demás de Derecho público, así como los de la Seguridad Social, sin privilegio especial, hasta el límite conjunto del 50 por 100 del importe de cada grupo; los derivados de responsabilidad civil extracontractual y el crédito del acreedor que solicitó la declaración del concurso hasta una cuarta parte de su importe.

Disfrutan de privilegio especial (art. 90 LC): los créditos asegurados con garantía real (hipoteca, prenda, anticresis), los refaccionarios, los garantizados con valores representados mediante anotaciones en cuenta, y las acciones de trascendencia real (arrendamiento financiero, reserva de dominio, prohibición de disponer, condición resolutoria en garantía del pago del precio aplazado).

El privilegio general otorga en la liquidación una preferencia de cobro sobre los créditos ordinarios y subordinados respecto de los bienes no afectos a privilegio especial, así como respecto del remanente de los bienes afectos después de ser satisfecho el crédito especialmente privilegiado, hecha deducción de lo necesario para satisfacer los créditos contra la masa (art. 156 LC).

El privilegio especial otorga preferencia de cobro sobre cualquier otro crédito respecto del producto de la enajenación de los bienes a ellos afectos (art. 155 LC) y es extensiva a los intereses, cuyo devengo no se interrumpe, hasta el límite de su cobertura (los intereses de los demás créditos tienen, en cambio, la condición de créditos subordinados). Además, los créditos con garantía real disfrutan, en determinadas condiciones, de la posibilidad de provocar una ejecución especial (y/o separada) del bien afecto, posibilidad que se acentúa respecto de las garantías reales sobre buques y aeronaves, ya que disfrutan de un derecho de separación, que en realidad es un derecho de ejecución al margen del concurso sin más condición que la de llevar a la masa activa el remanente después de ser satisfecho el acreedor (art. 76 LC).

Al contrario que los privilegiados, sufren una discriminación negativa los créditos denominados subordinados, los cuales no se hacen efectivos sino después de ser satisfechos todos los demás (art. 158 LC) y no gozan,

(10) En el PLC gozaban de un derecho de separación.

desde luego, de la posibilidad de ejecución separada. Se encuentran en esta categoría, entre otros, los intereses, salvo los cubiertos por garantía real, los créditos a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor y los que resulten a favor de la contraparte de mala fe en contratos rescindidos, así como los comunicados tardíamente o no comunicados oportunamente (art. 92 LC).

Dentro de estos créditos subordinados, los créditos a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor son vistas con especial disfavor por el legislador, que prevé, como antes explicaba, la posibilidad de que el Juez llegue a extinguir la garantía constituida a su favor y ordene cancelar los asientos registrales en determinadas circunstancias (art. 97.2 LC).

Fuera de la clasificación deben situarse, como decía, los créditos contra la masa y los créditos derivados del plan de viabilidad acordado.

Los créditos contra la masa no integran la masa pasiva del concurso (art. 84.1 LC) y son satisfechos a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso con carácter previo a todos los demás, salvo los que gozan de privilegio especial en cuanto a los propios bienes afectos a la garantía y, como éstos, disfrutan de la posibilidad de ejecución singular. Se configuran como créditos contra la masa (art. 84.2 LC): los salariales de los treinta últimos días anteriores a la declaración del concurso hasta el doble del salario mínimo interprofesional, los gastos y costas del procedimiento o de otros procedimientos en que el deudor sea parte, los derivados de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, las obligaciones legales de alimentos, responsabilidad extracontractual posterior a la declaración del concurso, obligaciones de restitución de contratos rescindidos y cantidades debidas y asumidas por razón de créditos con privilegio especial objeto de rehabilitación y las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento.

Los créditos derivados del plan de viabilidad, por su parte, son satisfechos conforme a los términos del convenio (art. 100.4 LC) (a diferencia de lo que disponía el PLC en su redacción original: pago una vez satisfechos todos los créditos concursales).

En relación con el convenio, su contenido vincula, en todo caso, a los acreedores ordinarios y a los subordinados, respecto de los créditos anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubieran sido reconocidos. Por el contrario, sólo por voluntad propia vinculará a los acreedores privilegiados (si hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable, así como si se vinculan al convenio ya aceptado o aprobado judicialmente mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de cumplimiento). Los créditos contra la masa no son afectados, en general, por el convenio.

¿Qué implica la vinculación al convenio?

La vinculación al convenio implica, en primer término, un efecto novatorio: los créditos afectados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera (art. 136 LC). En segundo lugar, la sujeción a las medidas potestativas que respecto a la satisfacción de los créditos se acuerden. Además, puede el convenio establecer, como queda dicho, un régimen de capacidad especial para el deudor (art. 133 LC). Finalmente, reabre, de nuevo, la posibilidad de iniciar o continuar la ejecución separada de los créditos asegurados con garantía real sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, en los términos que veremos a continuación (art. 56 LC).

C) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LAS EJECUCIONES

La nueva LC sólo se ocupa de la repercusión de la situación concursal sobre ejecuciones y apremios contra el patrimonio del deudor en la fase inicial o común, es decir, como efectos de la propia declaración del concurso. Implícitamente, cabe extraer el criterio legal también bajo la vigencia de un convenio y al abrirse la liquidación. En el esquema de la LC se distinguen del resto de las ejecuciones las que derivan de garantías reales o del ejercicio de acciones asimiladas.

1. *Declaración del concurso*

Una vez declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse procedimientos administrativos o tributarios de apremio contra el patrimonio del deudor y las ejecuciones ya iniciadas quedan en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que deba darse al crédito que las motiva (art. 55 LC).

De esta norma quedan exceptuados, en todo caso, es decir, tanto respecto de la iniciación como de la continuación, los acreedores con garantía real en los términos dispuestos por la propia Ley, que examinamos más adelante.

Además, podrán ser continuados, pese a la declaración del concurso:

- a) los procedimientos administrativos de ejecución en que la providencia de apremio sea de fecha anterior a la de declaración del concurso;
- b) las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del deudor antes de la declaración del concurso (11).

(11) Esta excepción a la prohibición de continuar ejecuciones iniciadas con anterioridad fue introducida en el trámite parlamentario del Senado para atender demandas sociales.

Para decidir sobre la posibilidad de continuar el procedimiento se atenderá, en cuanto al concurso, a la fecha de la resolución judicial que lo declara, y en cuanto al procedimiento de ejecución, a la fecha de la providencia de apremio, tratándose de procedimiento administrativo, y a la fecha del embargo (resolución judicial o diligencia), respecto de los procedimientos laborales.

En ambos casos, es condición indispensable para la continuación del procedimiento que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de deudor. Esta condición, introducida en trámite parlamentario, constituye un concepto legalmente indeterminado, que exigirá una declaración al respecto, bien de la administración concursal, bien del propio Juez del concurso.

Los demás procedimientos en curso quedan en suspenso, con posibilidad de ser reanudados en caso de que quede sin efecto la declaración del concurso. Los créditos que originaron tales procedimientos quedarán incorporados a la masa pasiva del concurso para recibir el tratamiento procedente.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que para el inicio o reanudación de una ejecución tras la declaración del concurso, la competencia corresponde al juez del concurso. Dispone, en efecto, el artículo 8 LC que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, entre otras materias, respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, así como de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles excluidos de su jurisdicción (capacidad, filiación, matrimonio y menores, cfr. art. 8.1.º LC). En el mismo sentido, en relación con registros públicos en que tenga el deudor bienes inscritos a su nombre, el artículo 24.4 LC señala que, una vez practicada la anotación preventiva del concurso, no podrán anotarse más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1 LC (referente a procedimientos administrativos y laborales que pueden ser continuados tras la declaración del concurso).

El mismo criterio debe aplicarse a la ejecución de sentencias dictadas en procedimientos contencioso-administrativos, sociales o penales al margen del concurso. La exclusión de la competencia concursal en estos órdenes jurisdiccionales en relación sólo con nuevos juicios declarativos tras la declaración del concurso (art. 50 LC), la vinculación del Juez del concurso por sentencias y laudos firmes, dictados antes o después de la declaración del concurso para darles el tratamiento concursal que corresponda (art. 53 LC) y la letra del artículo 8.3.º LC parecen querer indicar que la ejecución de la sentencia es siempre competencia del juez del concurso.

Por tanto, tras la declaración del concurso, no cabe tomar anotación de otros embargos que los ordenados por el propio Juez del concurso, y los que

deriven de procedimientos administrativos o laborales que, por lo antes expuesto, puedan ser continuados al margen del procedimiento concursal. La ejecución de garantías reales o acciones asimiladas, aunque pueda iniciarse o continuarse tras la declaración del concurso y al margen de éste, no da lugar, ordinariamente, al trámite formal de la anotación preventiva de embargo.

¿Puede tomarse anotación de embargos anteriores a la declaración del concurso cuando el mandamiento judicial correspondiente se presenta en el Registro de la Propiedad constando ya anotada la propia declaración? Aun cuando del texto legal se desprende que la ejecución habrá de suspenderse (salvo los casos expresamente excluidos), la prohibición de la anotación, cfr. artículo 24 LC, se refiere sólo a embargos posteriores y es razonable que la anotación pueda tomarse, por cuanto será efectiva en el caso de que la declaración de concurso quedara sin efecto, y, en todo caso, la práctica de la anotación no autoriza al juez que la ordenó a continuar la ejecución al margen de procedimiento concursal.

Un supuesto especial es el del concursado que sea persona física casada bajo un régimen económico de gananciales o cualquier otro de comunidad, respecto de los procedimientos que puedan seguirse contra su cónyuge frente a bienes gananciales o comunes.

En efecto, las deudas del cónyuge del concursado no se incluyen en la masa pasiva del concurso, aunque de ellas deban responder los bienes comunes por ser créditos a cargo de la comunidad (art. 84 LC) y, por tanto, su ejecución no se ve afectada por la declaración del concurso, por lo que, cuando se trate de deudas de las que deban responder los bienes gananciales o comunes, el embargo trabado sí será susceptible de anotación, aun cuando los bienes perseguidos, por su condición de gananciales o comunes, estén incluidos en el inventario de la masa activa del concurso (parece existir, en este punto, cierta contradicción entre los arts. 77 y 82.1 LC: según el 77, forman parte de la masa activa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las deudas del concursado, mientras que el art. 82.1 hace incluir en el inventario, en todo caso, los bienes gananciales o comunes con expresa indicación de su carácter). Para anotar este embargo, dado que se incluyen en la masa activa del concurso las facultades de carácter patrimonial que al deudor correspondan respecto de la sociedad conyugal, deberán ser emplazados los administradores concursales, quienes deberán adoptar la posición más conveniente al interés de la masa. De aquí la conveniencia de que, en todo caso, se tome sobre dichos bienes la anotación del concurso, por cuanto, al menos, las facultades del concursado de orden patrimonial han de ser compartidas o ejercitadas por la administración concursal.

El cumplimiento de la obligación de paralizar las ejecuciones impuestas por la ley se verá facilitada por la comunicación que el registrador que anote el concurso ha de dirigir a los Juzgados ante los que se siguieran ejecuciones

iniciadas antes de su declaración y que hubieran producido en el Registro anotación de embargo (arts. 135 LH y 143 RH). Conocida la situación concursal del ejecutado, el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle (art. 568 LEC reformado por la Disposición Final tercera LC).

Ejecución de garantías reales (arts. 56 y 57 LC)

Del régimen expuesto se exceptúa, como decía, la ejecución de garantías reales y el ejercicio de acciones asimiladas de conformidad con lo establecido en la propia Ley (art. 55.4 LC).

En el régimen vigente, los créditos cuyo pago se asegura con hipoteca u otra garantía real y ciertos créditos privilegiados disfrutan del derecho de ejecución separada de los procedimientos colectivos (suspensión de pagos, quiebra, concurso) (art. 98 LEC 2000, art. 1173 LEC 1881). El artículo 568 LEC dispone, asimismo, que las situaciones de suspensión de pagos, concurso y quiebra no impedirán el inicio de la ejecución singular si ésta se limita a los bienes previamente hipotecados o pignoralados en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal (12).

La LC, a la vez que reduce en gran medida la condición de créditos privilegiados, limita al máximo la posibilidad de iniciar o continuar ejecuciones al margen del concurso o en pieza separada dentro de él. De hecho esta posibilidad, aparte de para los créditos contra la masa, que, propiamente, no son créditos concursales, queda restringida a créditos garantizados con hipoteca u otra forma de garantía real y al ejercicio de ciertas acciones de trascendencia real (las acciones tendentes a recuperar bienes vendidos en virtud de contrato inscrito en el Registro de Bienes Muebles o cedidos en arrendamiento financiero inscrito en dicho Registro o formalizado en documento que lleve aparejada ejecución, y a las facultades resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, estén o no inscritas como condiciones resolutorias explícitas en el Registro de la Propiedad).

Tratamiento similar reciben las garantías reales sobre buque o aeronave, para las que, atendiendo a su especial naturaleza, se ha preferido establecer

(12) La Disposición Final tercera LC modifica este precepto para disponer que el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirijan exclusivamente contra bienes hipotecados y pignoralados estarán sujetos a cuanto establece la LC.

un derecho incondicionado de ejecución separada al margen del concurso (aunque el art. 76 LC habla de un derecho de separación, propiamente se trata de un derecho de cobro preferente en ejecución singular con integración del remanente en la masa activa del concurso).

En el Anteproyecto de la nueva Ley se establecía para la ejecución de las garantías reales, sin distinción alguna, una paralización temporal, tal como lo explica su Exposición de Motivos. El PLC aprobado por el Gobierno distinguía, en cambio, según que los bienes objeto de la garantía estuvieran o no afectos al tráfico empresarial o profesional del deudor o, en general, al proceso productivo, estableciendo para las garantías que recaían sobre bienes afectos una paralización temporal de la ejecución y para las que recaían sobre bienes no afectos, una suspensión sólo de los trámites posteriores a la realización del bien (art. 55 1 y 4 PLC). Tras el Informe de la ponencia, en el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso se suprimió toda referencia a los bienes no afectos, manteniendo el régimen de paralización temporal establecido en el proyecto para los bienes afectos. Así se ha conservado en el texto final de la Ley.

Por tanto, en el texto final de la LC se establece una regla general de prohibición o continuación de ejecuciones singulares, a la que hemos hecho referencia, de la que queda exceptuada la ejecución que recaiga sobre bienes sujetos a una garantía real, caso en el que se estará a lo previsto en la propia Ley (art. 55.4 LC).

Ahora bien, así como en el PLC se regulaban dos supuestos distintos, el de bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, en el texto definitivo sólo se regula la ejecución recayente sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional o a alguna unidad productiva de que el concursado sea titular, términos que utiliza el artículo 56 LC, habiéndose suprimido toda referencia al caso de bienes no afectos.

¿Hay que entender, por tanto, que no existe para garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor la posibilidad de ejecución singular? Literalmente así podría interpretarse. Al haberse limitado el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso a suprimir el apartado 5 del artículo 55 PLC, que contemplaba la ejecución sobre bienes no afectos, no existe ahora norma alguna relativa a la ejecución de este tipo de garantías. Y el artículo 55 LC, que impide, como hemos visto, toda ejecución tras la declaración del concurso, exceptúa literalmente «lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real». Estando ahora regulada solamente la ejecución sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, podría llegarse a la conclusión de que, si los bienes sobre los que recae la garantía no están afectos a la empresa, no cabe la ejecución singular.

No parece que deba ser así, pues ello significaría un trato más beneficioso derivado de la afección de los bienes a la actividad propia del deudor, lo que no parece razonable.

En el PLC se decía que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos podía sustanciarse hasta que tuviera lugar la realización de los bienes, suspendiéndose sólo la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previstos para los bienes afectos a la actividad empresarial. Es decir, para este tipo de bienes, la declaración de concurso no paralizaba la ejecución en sí, sino solamente los trámites posteriores a la realización de bien. Ahora bien, si por trámites posteriores a la realización se entendía la aplicación del producto obtenido en la enajenación, incluso el pago al actor ejecutante, resultaba absurdo que ningún acreedor, por muy privilegiado que fuera, se planteara la posibilidad de ir a la ejecución singular. Por ello, en el Informe de la Ponencia se sugirió, y así lo aceptó la Comisión de Justicia del Congreso en su Dictamen, suprimir la limitación para la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial del concursado, lo que se tradujo en eliminar del texto el apartado 5 del primitivo artículo 55 PLC (hoy art. 56 LC).

Visto el itinerario legislativo, resulta palmario que el legislador no quiere poner límites a la ejecución de garantías reales salvo cuando recaen sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado. Lo más razonable será entender que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial puede continuar, si ya estaba iniciada, ante el propio Juzgado que viniera conociendo de ella, hasta su conclusión, sin más modificación que la de tener que poner el remanente, después de satisfacer el crédito del actor, a disposición del Juez del concurso, y que podrán iniciarse nuevas ejecuciones, si bien ante el Juez del concurso, con sumisión, en su caso, a lo acordado en el convenio, si el acreedor resulta vinculado por su contenido.

¿Qué tratamiento se da a la ejecución de la garantía real cuando recae sobre bienes que estén afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado?

Antes que nada hay que señalar que no resuelve la LC cuándo ha de entenderse que existe afectación, cuestión que el juez ante el que se siga la ejecución, sea o no el del concurso, tendrá que plantearse y resolver con carácter previo, para decidir si puede o no iniciar o continuar la ejecución. La decisión podría corresponder al Juez del concurso o bien a la administración concursal, que debería hacer valer lo que estime procedente en el procedimiento de ejecución en el que ha de sustituir o acompañar al concursado.

Pues bien, se impone para estas garantías una paralización temporal aplicable al inicio de nuevas ejecuciones y a la continuación de las iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso.

Quedan exceptuadas de la paralización y pueden continuar hasta su terminación las ejecuciones en que, al declararse el concurso, ya se hubieran publicado los anuncios de la subasta, siempre que se trate de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Estas ejecuciones no se verán afectadas por la situación concursal, salvo, entiendo, en cuanto a la aplicación del remanente, si lo hubiere, por lo que continuarán hasta la adjudicación de bien y el pago al actor, integrándose el remanente en la masa activa del concurso (así se establece, como veremos, para la ejecución de las garantías reales en fase de liquidación, art. 155.3 LC).

Para que sea aplicable la excepción se exige, por tanto, además del anuncio de la subasta con anterioridad a la declaración del concurso, el que los bienes no sean necesarios para la continuidad de la empresa. Entiendo que este requisito no coincide con el de la afectación a la actividad profesional o empresarial del deudor que define el supuesto que analizamos, sino que constituye un requisito añadido: de entre los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, sólo podrían llegar al final de la ejecución los que no resulten imprescindibles para el desarrollo de dicha actividad. Esta circunstancia deberá ser hecha valer de nuevo por la administración concursal o declarada por el Juez del concurso.

La paralización implica que no pueden iniciarse nuevas ejecuciones y que las que se encuentren en trámite deben suspenderse. Los inconvenientes que esta paralización supone se ven, en parte, compensados con la preferencia de cobro absoluta, incluso sobre los créditos actualmente antepuestos (salariales, contra la masa, etc.), y con la no interrupción del devengo de intereses, que gozan también de privilegio, hasta la cifra en que estuvieran garantizados.

La paralización se produce por el hecho y desde el momento mismo de la declaración del concurso y durará como máximo un año, quedando sin efecto transcurrido este plazo desde la declaración del concurso o por la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación anteriores a ese momento. No obstante, aun aprobado el convenio, no cabrá ejecución singular si, estando el acreedor vinculado a aquél, su contenido lo impidiera. Abierta la liquidación antes del transcurso del año señalado, la realización del bien afecto tendrá lugar dentro de las operaciones liquidatorias del concurso, si bien en pieza separada (art. 57.3 LC).

El inicio o reanudación de la ejecución con posterioridad a la declaración del concurso se lleva a cabo, en todo caso, ante el Juez del propio concurso. No resulta congruente, por ello, la disposición contenida en el artículo 57.3 LC, según la cual, abierta la fase de liquidación, los acreedores que no hubieran ejercitado su acción antes de la declaración del concurso perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado. Parece, *a*

sensu contrario, que si hubieran ejercitado la acción antes de la declaración, conservarían el derecho a hacerlo separadamente. Sin embargo, esto no es así. La ejecución iniciada antes del concurso, se continúa dentro de él, aunque en pieza separada, y, abierta la liquidación, dentro de las operaciones liquidatorias.

Será requisito para que proceda la ejecución separada, dentro o fuera del concurso, la perfecta constitución del derecho de que se trate. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 90.2 LC, que supedita el reconocimiento del privilegio especial al hecho de haberse cumplido los requisitos y garantías que la ley especial exija en cada caso para que la garantía goce de oponibilidad frente a terceros.

Para la inscripción de las adjudicaciones en el Registro de la Propiedad habrá que estar a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Legislación hipotecaria, sirviendo de título el testimonio del auto de adjudicación dimanante del Juzgado en el que se sigue el concurso, o del que, al margen del mismo, haya concluido la ejecución iniciada con anterioridad, debiendo hacer constar la fecha de publicación de los anuncios de la subasta anterior a la de la declaración del concurso y la condición de los bienes ejecutados como no imprescindibles para la continuidad de la actividad propia del deudor.

Finalmente, cabe hacer sobre esta materia las siguientes observaciones:

1.^a Cuando proceda iniciar o reanudar la ejecución durante el concurso, el juez acordará, en su caso, su procedencia y seguirá la tramitación, en pieza separada, conforme a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

2.^a En tanto persiste la paralización o suspensión de las actuaciones, la administración concursal puede optar por satisfacer al acreedor la deuda vencida y asumir, como crédito contra la masa, la parte no vencida (art. 155.2 al que se remite el 56.3 LC). Esta posibilidad queda limitada a las garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, únicas que sufren la paralización. Añade la LC que, en caso de incumplimiento, se realizarán los bienes para satisfacer los créditos con privilegio especial. En realidad, la conversión de un crédito especialmente privilegiado en crédito contra la masa comporta una ventaja relativa, ya que se limita al hecho de tener que ser satisfecho, necesariamente, a su vencimiento, puesto que la preferencia de cobro la tiene por sí mismo el crédito especialmente privilegiado.

3.^a Las medidas relativas a las ejecuciones de garantías reales no son aplicables cuando el concursado tenga respecto del bien objeto de la garantía sólo la condición de tercer poseedor: como es lógico, al no tratarse de una deuda del concursado, la ejecución de la garantía no se ve afectada por la declaración de concurso (art. 56.4 LC).

4.^a Será aplicable a este tipo de garantías la facultad reconocida a la administración concursal de rehabilitar los créditos, cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas se hubiera producido dentro de los tres meses anteriores a la declaración del concurso, satisfaciendo las cantidades debidas y asumiendo los pagos futuros con cargo a la masa. A la rehabilitación puede oponerse el acreedor y el transmitente en los términos que la LC señala (arts. 68 y 69 LC).

5.^a Respecto de las acciones reales asimiladas, no resulta aplicable el inciso relativo a la publicación de anuncios para la subasta, puesto que se trata de acciones que no persiguen la realización del bien para pagar con el producto al acreedor, sino la recuperación del bien mismo por el acreedor. Por tanto, aquí la continuidad de los procedimientos en marcha no parece posible, y la ejecución de la sentencia que, en su caso hubiera recaído a favor del actor, deberá ser objeto de ejecución por el Juez del concurso.

2. *Convenio*

Con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, que son sustituidos por lo expresamente acordado en aquél (art. 133 LC).

¿Quiere esto decir que cesa también la limitación respecto de las ejecuciones? ¿Podría cualquier acreedor en caso de impago de su crédito, según el calendario acordado en convenio, instar la ejecución de bienes del deudor?

En principio, cabría pensar en tal posibilidad. La cesación plena de efectos de la declaración por la aprobación del convenio implicaría la supresión de las limitaciones en materia de ejecución. Sin embargo, la LC (art. 140) prevé que el acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte pueda instar la declaración de dicho incumplimiento y parece más razonable esta solución: el impago a algún acreedor implica siempre el incumplimiento de lo pactado y debe dar lugar, a instancia del acreedor afectado, a la apertura de la liquidación, previa declaración judicial del incumplimiento, más que a la ejecución singular.

Tratándose de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial, sí es claro, como queda expuesto, que la aprobación del convenio abre la posibilidad de iniciar o reanudar su ejecución, salvo que el acreedor esté vinculado por el convenio y su contenido lo impida (art. 56 LC).

3. Liquidación

Abierta la liquidación, la realización de los bienes del deudor se realiza, según vimos, conforme al plan propuesto por la administración y aprobado por el Juez. En defecto de un plan, el Juez organiza y ejecuta las operaciones de liquidación. Como único criterio sugiere la LC que se enajenen como un todo los establecimientos, explotaciones o unidades productivas, lo que permite enajenar unitariamente toda la empresa.

La enajenación, tanto unitaria de unidades productivas como la de los demás bienes, se realizará, conforme a su naturaleza y a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio (subasta, enajenación por convenio y por entidad especializada) con sujeción formal a los requisitos de la ley procesal. En relación con unidades productivas, la LC dispone también que la enajenación ha de hacerse mediante subasta y, de quedar desierta, el Juez puede acordar la enajenación directa.

En relación con las garantías reales, señala la LC (art. 57.3) que, abierta la fase de liquidación, los acreedores —con garantía real a su favor— que antes de la declaración del concurso no hubiesen ejercitado su acción perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Parece un lapsus, ya que toda ejecución o reanudación, tras la apertura del concurso, tiene lugar dentro del procedimiento concursal. Como sigue diciendo el mismo artículo, las actuaciones que hubieren quedado suspendidas como consecuencia de la declaración del concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento concursal, si bien como pieza separada.

Son aplicables aquí las diferentes medidas que la LC permite tomar al Juez a efectos de realización de bienes afectos a garantía real: enajenación con subrogación del adquirente en la deuda, venta directa sin subasta en ciertos casos, etc.

A efectos de inscripción registral de los actos de enajenación, se estará al contenido del plan de liquidación, en su caso, y, en su defecto, a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento y en la Legislación Hipotecaria. En caso de enajenación directa, servirá de título la escritura pública de enajenación otorgada por la administración concursal; en otro caso, servirá de título el testimonio del auto de aprobación de la adjudicación. A efectos de cancelar las cargas, cabe reiterar lo dicho al hablar de la inscripción de las enajenaciones voluntarias. A modo de resumen, en relación con las ejecuciones sobre bienes del concursado, cabría decir:

- a) Los embargos decretados y adjudicaciones aprobadas antes de la declaración del concurso pueden ser objeto de anotación e inscripción, respectivamente.

- b) Sólo es posible anotar embargos decretados tras la declaración del concurso, si han sido acordados por el Juez del propio concurso, así como los que recaigan sobre bienes comunes o gananciales decretados en procedimientos seguidos por deudas del cónyuge del concursado con la debida intervención de los administradores concursales.
- c) Las adjudicaciones aprobadas después de la declaración del concurso al margen de éste sólo podrán ser objeto de inscripción en los siguientes casos:
 - 1.º Procedimientos administrativos de apremio con providencia de apremio de fecha anterior a la de declaración del concurso.
 - 2.º Procedimientos laborales en que hayan sido embargados bienes del concursado antes de la declaración del concurso.
 - 3.º Procedimientos seguidos sobre bienes gananciales o comunes por deudas del cónyuge del concursado en los términos antes señalados.
 - 4.º Ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor, iniciadas antes de la declaración del concurso.
 - 5.º Ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos al proceso productivo del deudor iniciadas antes de la declaración del concurso, si el anuncio de subasta fue anterior a la fecha de la declaración del concurso y los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.
 - 6.º Ejercicio de acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos o su ejecución (art. 16.2 LVBMP) o cedidos en arrendamiento financiero, o de resolución de compraventa de inmuebles bajo condición resolutoria explícita, siempre que los bienes no estén afectos al tráfico empresarial o al proceso productivo del deudor.

Fuera de estos casos, la resolución judicial correspondiente habrá de provenir del Juez del concurso, en los casos en que, de acuerdo con lo expuesto, sea posible la ejecución singular.

- d) Aprobado el convenio, sólo parece posible, si su contenido no lo impide, la ejecución singular por razón de garantías reales, siendo competencia del Juez del concurso toda ejecución.
- e) Abierta la liquidación, toda ejecución se produce bajo el control del Juez del concurso.

IV. EL CONCURSO DE PERSONA CASADA Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

El deseo de universalidad que preside el procedimiento concursal lleva al redactor de la LC a tomar en consideración el régimen económico-matrimonial del concursado persona casada, particularmente si el régimen es alguno de los de comunidad, para determinar la composición tanto de la masa activa como de la pasiva. Por ello, se impone al deudor persona casada la obligación de hacer constar la identidad de su cónyuge y el régimen económico a que está sujeto su matrimonio en la memoria que ha de presentar con la solicitud de declaración del concurso (art. 6 LC).

En principio, en la masa activa del concurso sólo se integran los bienes y derechos propios o privativos del concursado. Los comunes, al no ser de titularidad exclusiva, no pueden ser incluidos en la masa, pero sí el derecho que al deudor corresponde en el patrimonio común. Ésta era la solución adoptada en el PLC aprobado por el Gobierno. En el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, en cambio, se optó por incluir los bienes comunes sólo cuando deban responder de las deudas del concursado, si bien se dispone que en el inventario de bienes del concurso deben relacionarse en todo caso los bienes comunes, con expresa indicación de su carácter. Así ha llegado al texto definitivo de la Ley (arts. 77 y 82 LC).

Del mismo modo, en la masa pasiva no se integrarán los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque de ellos deban responder los bienes comunes (art. 84 LC), sino sólo los contraídos por el concursado, con expresa indicación de si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común (art. 86 LC), relacionando unos y otros separadamente (art. 94 LC).

En el esquema del PLC remitido al Congreso, dado que se incluía, acertadamente, en la masa activa la parte que al concursado pudiera corresponder en el patrimonio común, se disponía la disolución de la sociedad conyugal a causa de la declaración del concurso y se preveía su inmediata liquidación en pieza separada conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tras el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, las cosas no ocurren así en el texto final de la Ley. Los bienes gananciales se incluyen en la masa activa cuando deban responder de las deudas del concursado y se deja a voluntad del cónyuge del concursado la decisión de pedir, entonces, la disolución de la sociedad conyugal. De solicitarla, procederá el Juez del concurso a su liquidación en pieza separada (art. 21.1.7.º LC), de forma coordinada, dice el artículo 77 LC, con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Esta decisión es más conforme con lo dispuesto en el Código Civil, que sólo prevé la disolución de la sociedad conyugal si lo solicita el cónyuge del

quebrado (art. 1393.1.º del Código Civil), y probablemente más práctica que la del proyecto original, por los insuperables problemas que plantearía una liquidación previa de la sociedad conyugal.

En todo caso, y en lo que a la publicidad registral se refiere, creo que la anotación del concurso deberá extenderse, cuando el deudor se encuentre casado bajo el régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad, además de sobre los bienes propios del deudor, sobre los bienes comunes, dado que éstos quedan indirectamente afectados por el concurso, y que la intervención o suspensión de las facultades del deudor se extienden también a las que le correspondan en la sociedad o comunidad conyugal (art. 40 LC).

La LC contiene otras previsiones en relación con el régimen económico-matrimonial del deudor:

- a) La posibilidad de pedir la acumulación de procedimientos cuando ambos cónyuges hayan sido declarados en concurso (art. 25.3 LC).
- b) En relación con el régimen de separación de bienes, recoge el artículo 78 LC una doble presunción alternativa en relación con los bienes propios del cónyuge del concursado y en beneficio de la masa del concurso: si la contraprestación para la adquisición del bien propio del cónyuge del concursado procedía del patrimonio del concursado, se presume que el concursado donó la contraprestación a su cónyuge; si no puede probarse tal procedencia, pero la adquisición tuvo lugar dentro del año anterior a la declaración del concurso, se presumirá que la mitad de la contraprestación fue donada por el concursado a su cónyuge. Tales presunciones, que admiten prueba en contrario, no se aplicarán en supuestos de separación judicial o de hecho.
- c) Y, finalmente, se da una norma específica para el denominado pacto de sobrevivencia. Se integrará en el concurso la mitad correspondiente al concursado, pero su cónyuge tendrá derecho a quedarse con la totalidad del bien satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Para vivienda habitual del matrimonio, el valor se determinará en la forma que señala el artículo 78 LC.

FERNANDO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad

El Registro Mercantil.

Una consideración de sus principios

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL: A) LOS DOS CÓDIGOS DE COMERCIO. B) TRAS EL CÓDIGO DE 1885. C) LA GRAN REFORMA DE 1989.—II. IDEAS GENERALES SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL: A) FINALIDAD Y CARACTERES. B) ASPECTOS ORGÁNICOS.—III. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA. B) ALGUNAS NOVEDADES.—IV. DATOS DE LA INSCRIPCIÓN.—V. EN TORNO AL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN: A) CLASES POR SUS EFECTOS. B) POR SU VOLUNTARIEDAD. C) PLAZO PARA HACERLA. D) NO INVOCACIÓN DE SU FALTA.—VI. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.—VII. OTROS ASIENTOS Y OTRAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL.—VIII. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IX. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: A) TITULACIÓN EXIGIBLE. B) PREVIA INSCRIPCIÓN EN OTRO REGISTRO. C) PLAZO PARA CALIFICAR. D) ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN. E) RECURSOS PROCEDENTES.—X. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: A) PROCLAMACIÓN LEGAL. B) OPINIONES SOBRE SU IMPORTANCIA.—XI. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: A) DUDAS DOCTRINALES. B) PROCLAMACIÓN NORMATIVA.—XII. PUBLICIDAD FORMAL: A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA. B) MEDIO INDIRECTO DE FOMENTARLA. C) EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. D) EL BOLETÍN OFICIAL DEL REGISTRO MERCANTIL.—XIII. PUBLICIDAD LEGAL.—XIV. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN: A) PROCLAMACIÓN GENERAL. B) REFERENCIA A COSAS.—XV. FE PÚBLICA EN SU VERTIENTE NEGATIVA: A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA. B) ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES. C) REFERENCIA AL TERCERO. D) UNA INTERESANTE SENTENCIA.—XVI. LA NO CONVALIDACIÓN DE LO NULO.—XVII. UNA REFERENCIA A LA LLAMADA PUBLICIDAD POSITIVA.—XVIII. FE PÚBLICA EN SU VERTIENTE POSITIVA: A) ATISBOS EN LA NORMATIVA CODIFICADA. B) ALGUNAS DUDAS DOCTRINALES. C) PROCLAMACIÓN NORMATIVA. D) POSTURA DE LA DOCTRINA ANTE LA REFORMA DE 1989. E) SE APUNTAN ALGUNAS CRÍTICAS.—XIX. EXCURSO TERMINOLÓGICO.—XX. CRÍTICA CONCLUSIVA: A) ASPECTOS NEGATIVOS. B) REFERENCIA COMUNITARIA.

I. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL

A) LOS DOS CÓDIGOS DE COMERCIO

Algo que puede ilustrar la proclamación de los principios registrales en la legislación vigente es el examen de la evolución hasta llegar a ese momento. Y como ocurre en otras ocasiones, no vamos a ver más allá del Código de 1829, aunque no sea más que por la razón de que en algunas de sus partes es un cuerpo legal aun vigente.

El Código de Sáinz de Andino partía de la base de la obligatoriedad de todo comerciante de inscribirse en la matrícula de éstos. Así el artículo 11 proclamaba que toda persona que se dedique al comercio está obligada a inscribirse en la matrícula de comerciantes de la provincia. Ésta se llevaría en los Gobiernos Civiles, pero previamente la autoridad municipal del domicilio le expedirá un certificado de inscripción. A su vez, el artículo 21 de dicho Código establecía: «Todos los que profesan el comercio contraen por el mismo hecho la obligación de someterse a los actos establecidos por ley como garantías contra el abuso que puede hacerse del crédito en las relaciones mercantiles». Estos actos consisten: 1.º «En la inscripción en un Registro solemne de los documentos, cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios». Es curioso que el artículo 30, que sancionaba la omisión de inscripción de los documentos, añadía: «Además incurrirán los otorgantes mancomunadamente en la multa de 5.000 reales de vellón, ... siempre que apareciese en juicio un documento de aquella clase con esta informalidad».

La publicidad de aquella matrícula se regulaba en nuestro primer Código. Así aquélla, conforme al artículo 16, se circularía anualmente a los Juzgados de Primera Instancia. El artículo 22 prescribía que en cada capital de provincia se establecía un Registro Público y General de Comercio. A su vez, el artículo 31 cerraba el ciclo, pues de cada asiento que se hiciera en el Registro se circularía copia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del comerciante, para que le dé publicidad, tanto en estrados como en un Registro particular.

Finalmente, los efectos de la no inscripción estaban regulados en el Código de una forma un tanto anómala. Así el artículo 28 para las escrituras de sociedad y el 29 para los poderes establecían que, si de ellos no se tomaba razón en el Registro general, no producirían acción entre los otorgantes o entre mandante y mandatario en el segundo caso. Más adelante se volverá sobre esto.

Paso importantísimo supuso el nuevo Código de Comercio de 1885. Ya es interesante lo que la Exposición de Motivos explica al efecto. Se refiere al carácter de la institución del Registro, a la organización del mismo, a los títulos inscribibles y a los efectos que produce la inscripción.

Frente al Código anterior, el artículo 17 declara potestativa la inscripción del comerciante individual (particular dice el texto). Esto coincide con la definición que del comerciante se hace en el artículo 1 y donde no se exige para ello tal requisito. Si acaso, cuando en el artículo 3 se enumeran los datos que permiten presumir el ejercicio del comercio, es claro que aquella inscripción sería el más relevante posible.

Declaración fundamental es la publicidad del Registro que se hace al principio del artículo 30. Es expresiva la frase de que el registrador facilitará noticias... o bien testimonios.

En materia de efectos de la inscripción el cambio es total. Ahora el artículo 24 para las sociedades y el artículo 29 para los poderes establecen que, aunque no se registren, producirán efecto entre los otorgantes o acción entre mandante y mandatario. Pero no perjudicarán a tercero. Por el contrario y con carácter general, el artículo 26 prescribe que los documentos inscritos producirán efecto legal en perjuicio de tercero. Más adelante se hará referencia a estos preceptos.

B) TRAS EL CÓDIGO DE 1885

Al Código vigente siguió pronto el Reglamento interino para la organización del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 21 de diciembre de 1885. Se dedica fundamentalmente a la mecánica registral. Regula los medios de hacer efectiva la publicidad del Registro y también, con cierto detalle, lo referente a la inscripción de los buques.

También el siguiente Reglamento de 20 de septiembre de 1919 tenía carácter provisional. En él aparecen ya claramente consagrados los principios de legitimación en el artículo 18 y el de legalidad en el artículo 59. Es más detenida la normativa sobre la inscripción de los buques. Y aparece la adecuada regulación del recurso gubernativo contra las calificaciones registrales y del juicio civil que pueden entablar las partes.

Paso verdaderamente gigantesco fue el que dio el nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956. Los principios de publicidad formal, legitimación y fe pública aparecen claramente consagrados en los tres primeros artículos de la norma. El 5 se dedica al de legalidad o calificación. Y en el 4 aparece una interesante versión del principio de tracto sucesivo.

En este texto se da entrada a las aeronaves en el artículo 1. Se regulan en los artículos 177 y siguientes, y en el 190 se declaran aplicables supletoriamente las normas relativas a la inscripción de los buques.

La Ley 6/1973, de 21 de julio, supuso una importante modificación del Código en la materia del Registro Mercantil. Surgen nuevas entidades a que había que hacer referencia, y así en el artículo 16 modificado se mencionan

ya las aeronaves, cerrando el número 5 con una cláusula residual. Se flexibilizan las formas de llevar el propio Registro, y así el artículo 19 alude a los libros que se formen por incorporación sucesiva de folios o por otros procedimientos que con las debidas garantías establezca el Reglamento.

Se quiere potenciar al máximo la publicidad y al efecto está la creación de un Registro Central de carácter informativo y la previsión de un Boletín Oficial. El artículo 16 establece que el Reglamento desarrollará el funcionamiento del primero. A su vez el artículo 30 prescribe que en el Boletín se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central.

Finalmente se ordenó que en la documentación mercantil de los comerciantes inscritos se hiciera constar los datos de su inscripción en el correspondiente Registro (art. 30 *in fine*).

Por Decreto 1754/1974, de 7 de junio, se dio nueva redacción al artículo 22 del Código. Éste se refería a los datos a consignar en la inscripción de los buques. Ahora se hace referencia también a las aeronaves y se da redacción más compendiosa a todo el precepto.

Otro artículo del Código fue modificado poco después. Era el artículo 21 en el que por Ley 14/1975, de 2 de marzo, que también había modernizado el Código Civil, se introdujeron los oportunos retoques para que en el caso del comerciante casado se reflejaran el consentimiento, oposición o revocación que hiciera el cónyuge, así como las capitulaciones matrimoniales. Todo en aras a la igualdad entre sexos que en este ámbito estableció dicha Ley.

C) LA GRAN REFORMA DE 1989

Y llegamos con ello a la importantísima reforma que en la materia que nos ocupa introdujo la Ley 19/1989, de 25 de julio, que adaptó nuestro Derecho de sociedades de capital a las exigencias de la normativa comunitaria. Al efecto dio nueva redacción a todo el título dedicado al Registro Mercantil, que ahora comprendería sólo los artículos 16 al 24, ambos inclusive. Poco habrá que decirse ahora de esta norma puesto que, al ser la vigente, a ella se aplicarán básicamente todos los comentarios ulteriores.

Sí hay que destacar que, como puso de relieve AURELIO MENÉNDEZ en trabajo sobre la primera Directiva en materia de sociedades y el Registro Mercantil español (*RCDI*, núm. 597, año 1990), la reforma pensada para el Registro Mercantil, en un primer momento se concretaba a las sociedades de capital. Para las personalistas quedaba vigente el modelo tradicional. El mantener dos sistemas distintos en un solo Registro tenía sus dificultades y por ello el modelo comunitario fue el que al final se adoptó con carácter general para nuestra institución.

El nuevo artículo 16 define ahora quién y qué es lo que ha de inscribirse en el Registro. Y se cierra con las nuevas funciones que por la nueva ley se encomiendan a la institución registral y que quedan fuera de nuestra directa atención. Después se consagran legalmente los principios registrales, con alguna omisión que en su momento subsanó el Reglamento, y con una amplia mención en el artículo 21 del novedoso principio de oponibilidad.

Quizá la innovación fundamental sea la creación real del Registro Mercantil Central y del Boletín Oficial del Registro Mercantil (*BORME*). En los artículos 17 y 18 aparecen esas figuras. Su trascendencia puede calificarse de extraordinaria. Finalmente, la obligación de que los datos registrales aparezcan en la documentación mercantil de los comerciantes se endurece claramente en el artículo 24 y último del título.

Complemento de esta novedosa regulación lo fue el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989. En él por primera vez se elimina lo referente a los buques y aeronaves, quedando así nuestro Registro como únicamente de personas o entidades. En su artículo 81 enumera previamente de forma detallada aquellos sujetos que están sometidos a inscripción obligatoria. Allí aparecen, junto a comerciantes y sociedades, otras figuras de matiz fundacional como las Cajas o incluso sin personalidad, como los fondos.

Este Reglamento completa el desarrollo de los principios registrales con una clara referencia a los de tracto sucesivo y de prioridad. Finalmente contiene una detallada regulación del Registro Mercantil Central y del *BORME*, que eran las grandes novedades de la Ley de 1989.

Por otra Ley de 29 de abril de 1991, que es la número 12 de ese año, se modificó el artículo 16 del Código de Comercio para incluir en el elenco de entes inscribibles a las agrupaciones de interés económico, que ya había mencionado el Reglamento de 1989 en el artículo 81.

Nueva modificación, esta vez al artículo 22 del Código, por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que es la que aprobó el nuevo régimen de las sociedades limitadas. Lo fue para actualizar la referencia a la emisión de obligaciones, que en adelante no podrían hacer los comerciantes individuales ni ciertas clases de sociedades. En cuanto a éstas, entre los actos inscribibles se incluye ahora la reactivación.

Un nuevo Reglamento se aprueba por el Real Decreto 1784/96, de 19 de julio. En él se regula de forma más detallada y sistemática la inscripción de las distintas entidades que tienen acceso al Registro. A su vez, se da nueva redacción al artículo 12 sobre la publicidad formal del Registro y en los artículos 77 y 79 se refiere a las certificaciones actualizadas o a la consulta por ordenadores.

Mediante Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, se había modificado profundamente el Reglamento a la Ley Hipotecaria. Pues bien, por la Dispo-

sición Adicional única se añade un apartado 3 al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, en el sentido de que también podrían inscribirse en él las sociedades civiles, aunque no tuvieran forma mercantil. Más adelante se hará mención de esta novedad.

Finalmente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que es la de Acompañamiento a la de Presupuestos para el 2002, se modifica el artículo 18 del Código de Comercio, que era el relativo al principio de legalidad. Se le añaden cinco apartados sobre plazo para calificar, posibles recursos frente a ella y actuación de Registrador incluido en el cuadro de sustituciones. También se añade un apartado 4 al artículo 23 sobre publicidad telemática.

II. IDEAS GENERALES SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL

A) FINALIDAD Y CARACTERES

Por lo que se refiere a la finalidad del Registro, es interesante la afirmación que el maestro GARRIGUES hacía años ha. La finalidad inmediata de la publicidad del Registro es la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. La finalidad mediata es la protección del comerciante o del tercero. Aquella primera meta queda aludida en la Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio. Al hablar del Registro, indica que se establece un poderoso medio de publicidad que sirva de garantía suficiente a los terceros que se hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia.

Pero, en definitiva, nuestro Registro es un instrumento de publicidad. Así aquella Exposición de Motivos indica que esa publicidad es absolutamente necesaria para que resulten garantizados los derechos de terceras personas. Por ello, dice más adelante, el Registro franquea sus páginas a cuantas personas deseen adquirir noticias sobre los sujetos inscritos.

Acorde con ello, el clásico comentario de ÁLVAREZ DEL MANZANO exponía que el fin principal del Registro es la publicidad. Y ya en nuestros tiempos PABLO CASADO, al dar una nueva definición de esta institución, indica que su finalidad es dar publicidad legal a personas y hechos del ámbito empresarial... en aras de la seguridad jurídica y del tráfico. Porque en fin, con esa publicidad lo que se persigue precisamente es la seguridad.

A su vez, nuestro Registro tiene carácter esencialmente jurídico. GARRIGUES, al referirse a la publicidad material de aquél, añadía que ésta es la que da significación jurídica al Registro Mercantil. Y más cerca de hoy, CHICO Y ORTIZ al comentar la reforma de 1989, expresa que esa ley no ha desvirtuado el encuadramiento del Registro Mercantil dentro de los registros jurídicos.

Nuestra Constitución Española reconoce en el artículo 9, apartado 3, como uno de sus principios, el de seguridad jurídica. Y como en esto no podía

haber desigualdad entre los españoles, el artículo 149, apartado 1, en su número 8.º atribuye al Estado, como competencia exclusiva, la «ordenación de los Registros e instrumentos públicos». Uno de esos Registros, esencialmente jurídico, es el Registro Mercantil. Y si bien ese número 8 está dentro de la rúbrica de legislación civil, tampoco puede olvidarse que en el número 6.º se atribuye al Estado la competencia sobre la legislación mercantil.

Supuesto lo anterior, cabe interrogarse por la semejanza entre nuestro Registro y el de la Propiedad Inmueble. El maestro GARRIGUES no encontraba razón de analogía entre los dos. Ambos son instrumentos de publicidad, pero son diferentes. Porque en el Registro Mercantil se inscriben personas y hechos y en Registro de la Propiedad cosas y derechos reales. Por eso precisamente al Registro de Buques sí cabe aplicar las mismas normas que al de la Propiedad, porque también en el primero se inscriben cosas y derechos reales constituidos sobre ellas.

PABLO CASADO, al tratar de los principios registrales en el Registro Mercantil, afirma que, a pesar de la identidad del nombre, algunos de sus principios, especialmente los de prioridad y tracto sucesivo, tienen un significado diferente que los correlativos de la legislación hipotecaria, y todos ellos deben ser observados y entendidos bajo un prisma diferente. Respecto al hoy proclamado principio de fe pública, indicaba que su aplicación no había sido comúnmente aceptada en nuestro Registro. Pero sobre todo esto, el ulterior comentario habrá de quedar diferido para cuando nos ocupemos de los distintos principios registrales.

B) ASPECTOS ORGÁNICOS

Hay una faceta orgánica sobre la que habrá que pasar seguidamente y se refiere al propio Registro en sí, al registrador y a los libros que se llevan. En cuanto a lo primero, el Código de 1829 ya en su artículo 22 prescribía que en cada capital de provincia se establecería un Registro Público y General de Comercio. Algo parecido indicaba el Código de 1885 en su artículo 16, si bien para el Registro de buques la referencia era a las provincias litorales. En la importante reforma que ese artículo experimentó por la Ley de 1973, se indicaba que el Registro Mercantil radicara en las capitales de provincia y en las poblaciones donde reglamentariamente se establezca por necesidades del servicio. Dicho Registro quedaba bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Esa dicción es la que, con pequeñas diferencias, se contiene en el artículo 17 del Código, tal cual quedó en la reforma de 1989. Disposiciones reglamentarias posteriores han detallado aun más la demarcación de esos Registros. Sobre en qué Registro había de hacerse la inscripción, ya se pronunciaba el artículo 7 del Reglamento de 1956.

Por lo que se refiere al elemento personal, el artículo 32 del Código de Comercio de 1885 indicaba que el cargo de Registrador Mercantil se proveerá por el Gobierno, previa oposición. El Reglamento interino de 1885 en el artículo 2 establecía que de aquellos Registros se encargarían los Registradores de la Propiedad. Al reformarse el Código en 1989, el artículo 17 en su apartado 4 ordenaba que el cargo de Registrador Mercantil se proveerá de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. Hoy el artículo 13 del Reglamento de 1996 respeta aquella unificación y habla ya de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Era esencial la independencia de esos funcionarios y por eso ya el artículo 88 del Reglamento Provisional de 1919 preveía el amparo del Ministerio de Justicia frente a los apremios de los jueces para hacer inscripciones que el Registrador no creyera procedentes.

Por lo que se refiere a los libros del Registro, el artículo 19 del Código de Comercio regulaba la forma de llevarlos y su diligencia. Con la reforma de 1973 de ese artículo, se introducía mayor flexibilidad en los libros, al permitir el uso de los encuadernados o de los que se formen por incorporación sucesiva de folios. Con la redacción de 1989, que es la actual, esa materia, que era fundamentalmente adjetiva, queda ya para el texto reglamentario.

Con independencia de que la inscripción en el Registro Mercantil se configure como potestativa o como obligatoria, lo normal es que sea pedida por la persona interesada, y en el caso de las sociedades por sus administradores. Con todo, el que podíamos llamar principio de rogación tenía algunas peculiaridades en otras fases históricas. Así en el Código de Comercio de 1885 y en la primera redacción de su artículo 28 se establecía quiénes podrán pedir la inscripción tratándose de los bienes de la mujer del comerciante. El artículo 35 del Reglamento interino de 1885 también prescribía la inscripción de los bienes dotales o parafernales, previa inscripción, de ser inmuebles, en el Registro de la Propiedad. Pero si el comerciante no estaba inscrito en el Registro Mercantil, esa inscripción había de hacerse a petición de quienes podían solicitar la inscripción en beneficio de la mujer.

Superadas hace tiempo esas diferencias en razón de sexo, el artículo 88 del Reglamento vigente de 1996 regula la legitimación para pedir la primera inscripción en el caso del empresario individual. Aparte el propio interesado, se prevé el caso de menor edad o incapacidad. Y también que el cónyuge del empresario, ahora sin distinguos, pueda solicitar la inscripción de éste en los casos previstos en los artículos 6 al 10 del Código de Comercio.

III. OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Procede examinar ahora qué es lo que se inscribe en el Registro Mercantil, o lo que podríamos llamar el objeto del principio de inscripción. En el Código de Comercio de 1829 a ello se dedicaba el artículo 22. El Registro de Comercio se dividía en dos secciones. La primera era la matrícula general de comerciantes individuales. En la segunda sección se tomaría nota de lo siguiente: 1.º De las cartas dotales. 2.º De las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación. 3.º De los poderes que se otorguen por comerciantes a factores y dependientes suyos para dirigir y administrar sus negocios mercantiles.

La sistemática del precepto no podía ser más desdichada. Porque las cartas dotales de la sección 2.ª es claro que sólo podían referirse al comerciante individual. Y a su vez los poderes tanto podían emanar de dicho empresario como de las sociedades. Realmente se debió haber distinguido entre comerciante individual y social.

La Exposición de Motivos del Código de 1885 tampoco acierta plenamente, pues, tras decir que el Registro se divide en dos libros o secciones, añade un tercer libro para los buques. La corrige el texto de su artículo 16 que, al establecer los Registros en las capitales de provincia, señala los tres libros: de comerciantes particulares, las sociedades y los buques, éstos de las provincias litorales.

Es más comprensiva la dicción del artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Dicho Registro tiene por objeto la inscripción de comerciantes o empresarios individuales, sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes.

En la reforma del Código de 1973, el artículo 16 recibe nueva redacción. Objeto de la inscripción serán los comerciantes, individual y social, los buques y aeronaves, pero se añade en un número 5.º: «cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las Leyes o Reglamentos». Era aceptada la referencia a personas o entidades, pues no toda la que entra en el Registro tiene personalidad jurídica. En cambio el supeditar esa inscripción a la realización de determinados actos o tenencia de bienes no es del todo lógico, puesto que debe ser el matiz subjetivo, qué clase de entidad, el que determine la inscripción, y no el realizar determinado acto.

Ese motivo de crítica lo corrige la Ley de 1989, que dio nueva redacción al artículo 16 del Código. Ahora, junto al empresario individual y social, se enumeran en el número 3 a determinadas personas (entidades de crédito, de

seguros y sociedades de garantía recíproca). Luego en el número 4 a ciertas entidades: las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones. El número 5 dice en fin: cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley.

Podía haberse dicho en ese número 5 personas o entidades. Finalmente en un número 6, se añade: «los actos y contratos que establezca la ley». En realidad en esto último hay una cierta falta de homogeneidad. Porque el Registro lo es de personas o entidades y no de actos. Otra cosa es que, con relación a los sujetos inscribibles, lo que deba tener acceso al Registro sean ciertos actos y no todos los que se realicen.

Esta razón de crítica la corrige el Reglamento de 1989, que en su artículo 2 establece que el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por Ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento. En los mismos términos se produce el artículo 2 del vigente Reglamento de 1996.

Hay que señalar que cuando se habla de sujetos se deben entender incluidas ciertas entidades carentes de personalidad jurídica. Pero los actos son los relativos a esos sujetos. En el Reglamento desaparece, cual prescribía la Ley de 1989, toda referencia a los buques y aeronaves.

B) ALGUNAS NOVEDADES

Los distintos preceptos que han regulado el sujeto inscribible lo han hecho introduciendo las novedades que en cada caso eran procedentes. Así en el Reglamento Provisional de 1919, el artículo 108 se refería a las sociedades de responsabilidad limitada que hasta mucho después no tendrían regulación legal. En la reforma del Código de 1973, el artículo 16 incluye una referencia a las aeronaves que no estaba en el inicial Código de 1885. Y por Ley de Reforma de 29 de abril de 1991, en el indicado artículo 16 se intercalan ahora las agrupaciones de interés económico.

Si en el número 5 del artículo 16, al tratar de las otras personas inscribibles, el precepto dice «cuando así lo disponga la Ley», con razón concluía PABLO CASADO que sólo normas de ese rango pueden determinar otros sujetos inscribibles. Se ha adoptado pues, dice, un sistema tasado o de *numerus clausus*. Lo ocurrido con las sociedades civiles convence plenamente de ello.

En efecto, hay que decir que el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919 establecía la inscripción de las sociedades civiles que adoptaron forma mercantil. Esta opción era posible en base al criterio objetivo que para la distinción entre ambas clases de sociedades eligió el Código Civil. Ciertamente que en ese caso se inscribían en el Registro Mercantil

quienes no se dedicaban al comercio; pero al menos la forma mercantil abonaba tal solución.

Mucho más alcance tenía lo que dispuso el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, de modificación amplia del Reglamento Hipotecario. La Disposición Adicional única en el apartado 2 añadió un apartado 3 al 81 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996. Éste determinaba las entidades sujetas a inscripción. La adición decía: «Podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil».

El fundamento de esa atrevida innovación podía encontrarse en la Resolución de la Dirección General de 31 de marzo de 1997 (*BOE* del 26 de abril). Se trataba de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, y en base a una peculiar interpretación del artículo 1669 del Código Civil (conforme al cual no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios), llegó a la conclusión de que esa no personalidad se daba a menos que la sociedad civil se inscribiera en un Registro Público. Y como el Registro de Estado Civil lo es de personas físicas y para datos de su estado, se escogió el Registro Mercantil. De ahí aquella modificación de 1998 en el artículo 81 de su Reglamento.

Poco duró el invento, pues la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, anuló aquella adición al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996. Y ello porque las entidades y personas sujetas a inscripción en dicho Registro estaban regidas por el principio de legalidad, sin que por vía reglamentaria pudieran incluirse casos tan especiales. Y es que por otra parte, si el Registro Mercantil es fundamentalmente un elenco de empresarios mercantiles, no tiene sentido que a él accedan personas civiles que no se dedican al comercio.

Si esta frustrada reforma había sido inspirada por la Resolución de 31 de marzo de 1997, otra Resolución mucho más reciente supuso la oportuna rectificación. Se volvía ahora a una interpretación ortodoxa del artículo 1669 del Código Civil, y al mantener secretos los pactos se le daba el sentido que literal y lógicamente tiene la expresión. Fue pues un verdadero cantar la palinodia respecto a aquella doctrina mantenida en 1997. Todo lo cual es independiente de que la forma documental de las sociedades civiles y su publicidad sigan planteando problemas, sobre todo cuando aquéllas acceden al tráfico inmobiliario. Pero la solución había de darla el Código Civil y no un Reglamento del Registro Mercantil.

IV. DATOS DE LAS INSCRIPCIONES

Si hasta aquí se ha tratado de qué entidades han de tener acceso al Registro Mercantil, el siguiente paso es el referirse a los datos que han de figurar

en la hoja de cada sujeto inscrito. En el Código de 1885, el artículo 21 enumeraba una larga lista de actos inscribibles con relación a comerciante o sociedad. Era curiosa la referencia a los títulos de propiedad industrial. De otro lado, cuando se declaraba inscribible la escritura de constitución de sociedad mercantil, se añadía que también las de modificación de las mismas sociedades. Ya vimos que ese artículo 21 fue modificado por la Ley de 2 de mayo de 1975, para adecuar el ejercicio del comercio por persona casada al principio de igualdad de sexos que al efecto estableció aquella ley.

Aquel artículo 21 del Código de 1885 pasó a ser el nuevo 22, tras la importante reforma por Ley de 1989. Ahora el apartado 1 se dedicaba a los datos relativos al empresario individual, el 2 a los referentes a las sociedades y demás entidades, y el 3 a las sucursales. Por Ley de 23 de marzo de 1995 se retocó dicho artículo para que el dato de la emisión de obligaciones se ajustara a las restricciones que en ese campo se acababan de establecer.

Mención especial requiere la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil. En el artículo 22 del Código de 1829 se declaraba inscribibles los concedidos a factores o dependientes para dirigir y administrar los negocios de sus principales. Esto se cambia en el Código de 1885, pues ahora el número 6 del artículo 21 decreta la inscripción para los poderes generales dados a gerentes, factores, dependientes o cualesquiera mandatarios. No fue fiel del todo a esto último el Reglamento interino de 1885, pues en el artículo 38 y tratándose de las sociedades, era obligado inscribir tanto los poderes generales como los especiales para determinada operación.

En el importante Reglamento de 1956 se va a una unificación. En el artículo 76, relativo al comerciante individual, se ordena inscribir los poderes generales. Y en el artículo 86, referente a las sociedades, aunque en principio se prescribe la inscripción de los poderes, luego se añade: «no será obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción».

En los Reglamentos de 1989 y 1996 cambia algo la redacción, que ahora es prácticamente idéntica para los comerciantes individuales (art. 87) y para las sociedades (art. 94). Se declaran inscribibles los poderes generales y se añade: «No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos».

La exclusión de los judiciales tiene sentido, pues no es el Registro Mercantil el ámbito dedicado a los pleitos. En cuanto a los poderes para actos concretos, se excluyen ahora, aunque fueran para la realización de actos sujetos a inscripción (a diferencia de lo que ocurría en el Reglamento de 1956). Muy posiblemente porque tal poder agota su virtualidad en dicho acto; y además porque si ese acto aislado se inscribe, ya quedará constancia y control de quién lo ha realizado y en virtud de qué poder, sin que resulte necesario una inscripción autónoma de éste.

Si el Registro Mercantil refleja las vicisitudes del empresario, es claro que habrán de tener acceso las situaciones concursales. Ya el Reglamento Provisional de 1919 había determinado que en caso de suspensión de pagos o quiebra del comerciante, si éste no estaba inscrito, se procedería a su previa inscripción.

El paso último en esta material concursal lo han supuesto los Reglamentos de 1989 y 1996, que dedican sendos capítulos a la inscripción de las suspensiones de pagos, quiebras y otras medidas de intervención. En el primero en los artículos 284 y siguientes, y en el vigente en los artículos 320 y posteriores.

V. EN TORNO AL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN

A) CLASES POR SUS EFECTOS

Dentro del principio de inscripción es normal hablar del carácter que la misma tenga, esto es, distinguir entre la inscripción constitutiva y la meramente declarativa. En el Registro de la Propiedad la regla es lo segundo y sólo la hipoteca suele considerarse como de inscripción constitutiva. En el Registro Mercantil, que es de personas y no de bienes, también resulta normal la inscripción declarativa. En todo caso, nos movemos dentro de lo que GARRIGUES denominaba efectos de la inscripción respecto del hecho inscrito, esto es, la valoración jurídica de ese hecho según que el mismo esté o no inscrito.

En el comerciante individual, cuya inscripción no es obligatoria, claro es que la cualidad de tal se adquiere al margen del Registro. Es más, aun en el caso del naviero que sí ha de inscribirse obligatoriamente, al incumplimiento de ese deber no se anuda como efecto el carecer de su condición, sino algún otro que la presupone. Es en cambio en materia de sociedades donde la inscripción alcanza mayor valor. No en balde no estamos ante entes naturales sino ante entidades de creación de la ley. De ahí que el Código de Comercio pida en general la escritura pública y la inscripción en el Registro y que, sobre todo, las leyes de anónimas y limitadas establezcan que es la inscripción en el Registro Mercantil la que determina la adquisición de la personalidad jurídica (art. 7.1 de LSA). Aquí el efecto es en verdad decisivo, puesto que la personalidad propia es lo característico en nuestro derecho de la sociedad. Pero no es este tema sobre el que haya que detenerse especialmente.

Sí queremos apuntar que en nuestro primer Código de Comercio de 1829 se daba a la inscripción en el Registro un carácter constitutivo, pero precisamente *inter partes*. Así en el artículo 28 se establecía que las escrituras de sociedad no inscritas no producirían acción entre los otorgantes para demandar los derechos en ellas reconocidos. Y el artículo 29 para los

poderes prescribía que no producirían acción entre mandante y mandatario cuando los otorgados a los factores o mancebos no se hubieran registrado en el Registro General. Ello con independencia de que fueran eficaces a favor de los terceros.

Este peculiar sistema fue modificado en el Código vigente. Ya la Exposición de Motivos declaraba que, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad, se establece que las escrituras de sociedad y los poderes no inscritos surtirán efecto entre los otorgantes, pero no en perjuicio de tercero, quien sin embargo podrá utilizarlos en lo que le sean favorables. Para las sociedades así se establece en el artículo 24 del Código y para los poderes en el artículo 29. Sistema este mucho más lógico que el precedente.

Y es el que ha perdurado en el Código hasta que la importante reforma de 1989 dio nueva redacción a todo el articulado sobre el Registro Mercantil. Ahora hay que estar al principio de oponibilidad que en él se proclama, pero del que habrá que ocuparse en momento posterior.

B) CLASES POR SU VOLUNTARIEDAD

Así como en atención a sus efectos podría hablarse de inscripción declarativa y constitutiva, en razón a la voluntariedad cabe mencionar la inscripción obligatoria y la potestativa. En ello ha habido un cambio trascendental en nuestros Códigos.

En efecto, en el de 1829 la inscripción era obligada. El artículo 11 empezaba por proclamar que toda persona que se dedique al comercio está obligada a inscribirse en la matrícula de comerciantes de la provincia. El artículo 21 enumeraba para los comerciantes la obligación de someterse a los actos establecidos por la ley. Y entre estos actos, la inscripción en un Registro solemne de documentos cuya autenticidad debe ser notoria. El artículo 22 se dedicaba al Registro Público y General y en la primera sección se asentarán todas las inscripciones que se realicen conforme al artículo 11 antes citado. Y se utiliza el verbo en imperativo. En la sección segunda se tomará razón de las escrituras de sociedad mercantil. También en imperativo. Y el artículo 25 se refería a la obligación de presentar en el Registro General de la provincia las tres especies de documentos mencionados en el artículo 22.

Finalmente, tras establecer en los artículos 28 y 29 que las escrituras de poder y de sociedad no producirán acción entre las partes si no habían sido inscritas, el artículo 30 remachaba que la omisión de la toma de razón produce esos efectos negativos en perjuicio de los derechos adquiridos por esos documentos. Y concluye que además incurrirán los otorgantes mancomunadamente en la multa de 5.000 reales de vellón, ...siempre que apareciese en juicio un documento de aquella clase con esta informalidad.

Este sistema cambia radicalmente en el Código de 1885. En los artículos 1 y 3 hay referencia al comerciante sin que aparezca la obligación de inscripción. Lo justifica la Exposición de Motivos. El proyecto, de acuerdo con el principio de libertad profesional, declara voluntaria la inscripción personal de los comerciantes, estimulándola por medios indirectos, continúa haciéndola obligatoria para las sociedades y para los buques, pues para ellos el Registro es la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil. No hay multa; hay libertad de no inscribir los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los inscritos. Este criterio es el que pasa al artículo 17 del texto articulado.

Con la reforma por Ley de 21 de julio de 1973, el indicado artículo 17 queda redactado así: «La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes o empresarios mercantiles individuales, salvo disposición en contrario. Será obligatoria la de los navieros, sociedades mercantiles e industriales y personas o entidades comprendidas en el número 5 del artículo 16. También será obligatoria la inscripción de buques y aeronaves que se destinen o puedan destinarse a fines mercantiles o industriales».

Tras la Ley de Reforma del Código de 1989, al asunto se dedica ahora el artículo 19, que cambia la sistemática. En el apartado 1 se declara potestativa la inscripción en el Registro Mercantil de los empresarios individuales, con excepción del naviero. Y en el apartado 2 se prescribe que en los demás supuestos contemplados por el apartado 1 del artículo 16 la inscripción será obligatoria. Ha desaparecido toda mención a los buques y aeronaves.

En los Reglamentos de 1989 y 1996 el tema recibe el mismo tratamiento y en artículos que llevan el mismo número. Así en el artículo 4 se sienta el principio general de que la inscripción en el Registro Mercantil tendrá carácter obligatorio, salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario. Y luego el artículo 81 enumera en larga lista aquellos sujetos en que la inscripción es obligatoria. Se cierra la relación con la cláusula residual: las demás personas o entidades que establezcan las leyes.

Ciertamente la lista es mucho más larga en el caso de la inscripción obligatoria, pero en la realidad estadística es mucho mayor el número de comerciantes individuales y por supuesto el de los que no están inscritos. Porque aquí la ley ha querido ser realista y no ambiciosa o utópica.

Existe pues una diferencia en punto a obligatoriedad en la inscripción del comerciante individual y el social. Para este último, ya el artículo 36 del Reglamento interino de 1885 establecía la obligación de inscribir la escritura de constitución de la sociedad. Y para el naviero individual, el artículo 69 del Reglamento de 1956 prescribía excepcionalmente la obligación de su inscripción. Esa misma obligatoriedad pasa al artículo 17 del

Código de Comercio con la redacción que le dio la Ley de Reforma de 21 de julio de 1973.

Pasamos así al artículo 19 del Código tal cual quedó en la reforma de 1989. En el apartado 1 se sienta que la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero. Se añade en un segundo párrafo que el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales. En el apartado 3 de ese artículo 19 se establece que el naviero no inscrito responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas.

A la vista del apartado 1 ha podido decir AURELIO MENÉNDEZ, al comentar la primera Directiva en materia de sociedades y el Registro Mercantil Español (*RCDI*, 1990, núm. 597), que el carácter potestativo de la inscripción del empresario individual... no es aceptable si se contempla desde el ángulo de la publicidad registral consagrada en el Código. Hay que pensar en la existencia de una obligación de inscripción cuyo incumplimiento genera la sanción registral del artículo 19, apartado 1, del Código de Comercio. En definitiva, es lo que decía la Exposición de Motivos del Código vigente que, para justificar lo que entonces establecía el artículo 18, recordaba que la sanción por no inscribir es la de que el acto quedaba privado de los beneficios y ventajas que se conceden a los inscritos.

Por lo que se refiere al apartado 3 del actual artículo 19, el mismo establece un régimen excepcional respecto a la responsabilidad atenuada del naviero prevista en el artículo 587 del Código, según la cual aquél podrá liberarse de la responsabilidad universal por daños a terceros haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias y fletes.

Realmente esa norma del apartado 3 viene a ser una sanción civil, en cuanto priva de un beneficio legal que en otro caso se tendría. Desde luego que es un procedimiento fortísimo para obligar al naviero a cumplir con su inscripción en el Registro Mercantil. Pero, como más que norma registral, es un precepto sobre responsabilidad, hay que pensar que sistemáticamente hubiera estado mejor como segundo apartado de aquel artículo 587, aunque en el 19 se contuviera una mera referencia.

C) PLAZO PARA HACER LA INSCRIPCIÓN

Supuesta la obligación de inscribir en algunos casos, la norma se ocupa del plazo temporal para cumplir aquélla. Así en el artículo 26 del Código de Comercio de 1829 se prescribía que la presentación de los documentos enumerados en el artículo 22 se evacuará en los quince días siguientes a su otorgamiento. En el Reglamento de 1956 y en su artículo 93, relativo a las

sociedades, se establecía que cuando la inscripción sea obligatoria, deberán presentarse los documentos necesarios en los 30 días siguientes al otorgamiento o autorización.

Esa norma es la que ha pasado al actual artículo 19 del Código vigente cual quedó redactado en la reforma de 1989. Su apartado 2 se refiere a los supuestos de inscripción obligatoria y en la segunda frase se establece: «Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, la inscripción deberá procurarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de los asientos».

D) NO INVOCACIÓN DE SU FALTA

Antes hacíamos referencia a la opinión de AURELIO MENÉNDEZ sobre la cierta obligatoriedad que suponía para la inscripción del empresario individual el que, de no estar inscrito, no podía aprovecharse de los efectos legales del Registro Mercantil. Pues bien, en el mismo sentido ya RODRIGO URÍA había mantenido que esta grave sanción registral indirecta sólo se entiende y justifica partiendo de la obligatoriedad de la inscripción. Con todo y frente a ello, hay que afirmar que para el comerciante individual las distintas normas legales han mantenido el carácter potestativo de la inscripción.

Ahora bien, lo que en todo caso está claro es que si no hay inscripción, esa falta no podrá invocarla quien incurrió en su omisión. Así lo establecía el artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, tras haber dicho que los documentos no inscritos no producirían efecto respecto de terceros.

Curiosamente en los Reglamentos de 1989 y 1996 aquella norma de no invocación cambia de sede. Ahora se inserta como segundo apartado del artículo 4, relativo a la obligatoriedad de inscripción. En efecto, al apartado 1 se añade: «La falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla». Queda pues más claro que la norma tiene sentido dentro de un contexto de inscripción obligatoria. Porque cuando estuviéramos ante la potestativa (así la del comerciante individual), sobraba la invocación de no inscripción.

VI. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

En torno a la inscripción y sus efectos conviene hacer unas últimas precisiones. La primera es la que ya apuntaba GARRIGUES en la edición de su curso de 1936. Esto es, que sólo gozan de los efectos jurídicos de la inscripción los hechos que según la ley pueden o deben ser inscritos. Más adelante

remacha tal idea. La publicidad positiva (el hecho inscrito puede oponerse a tercero) rige sólo para los documentos susceptibles de inscripción, no para los otros, aunque de hecho se inscriban. Y es que no se puede sorprender al tercero con publicidad que éste no pueda esperar. En tal sentido cita las SSTs de 15 de octubre de 1897, 18 de marzo de 1899 y 30 de octubre de 1909. El que sean antiguas no quita un ápice a la bondad de su doctrina.

Otra consideración que cabe hacer es la referente a la inadmisibilidad de los documentos no inscritos. En el Reglamento Provisional de 1919 aparece en el artículo 115, con referencia a los documentos sobre sociedades mercantiles de que no se hubiera tomado razón.

Pero el principio donde figura de forma más clara es en el Reglamento de 1956. Conforme a su artículo 95, «Los jueces y tribunales y las oficinas públicas no admitirán documento alguno referente a sociedades de los que se hallan comprendidos en el artículo 86, sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que, en vista de ellos, hubiesen de autorizar cualesquiera otros, y deberán hacer constar en éstos la inscripción de aquéllos».

Es curioso que un precepto semejante no aparece ya en los Reglamentos de 1989 y 1996. En este segundo sólo el artículo 82 establece la obligación de los notarios, que autoricen documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, de advertir a los otorgantes de forma específica y en el propio documento acerca de ese deber de inscripción. Otra cosa es el cierre registral que por motivos fiscales establece la legislación del Impuesto de Sociedades y a que se refiere el artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996.

Realmente aquella prohibición de admitir los juzgados documentos no inscritos era como el trasunto de lo que en sentido parecido establecía el artículo 313 de la Ley Hipotecaria. Y si este precepto de nuestra legislación inmobiliaria registral ha tenido mala crítica, no es de extrañar que su correlativo se haya eliminado del Reglamento del Registro Mercantil. Porque en definitiva, tal exclusión podría pugnar con el principio de tutela judicial efectiva que proclama nuestra Constitución. Ya la no inscripción tiene otras consecuencias sin necesidad de acudir a aquel remedio extremo.

VII. OTROS ASIENTOS Y OTRAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

El que hasta aquí hayamos hablado sobre todo de inscripción no quiere decir que en el Registro Mercantil sea ese el único asiento que se practique. En realidad hay un traslado de lo que prevé la legislación hipotecaria. Así del asiento de presentación se hará mención al tratar del principio de prioridad.

En cuanto a la anotación preventiva, ya el Reglamento Provisional de 1919 en el artículo 25 contenía una referencia a la misma.

En el vigente Reglamento de 1996 las normas sobre la anotación son bastante más amplias. Así en el artículo 155 con referencia a la impugnación de acuerdos sociales y constancia de ello en el Registro Mercantil. O tratándose de la inscripción de situaciones concursales, en que el artículo 323 habla de anotación preventiva cuando la decisión adoptada no sea firme.

Es claro que en el Registro Mercantil también se practican asientos de cancelación y de nota marginal. Los menciona el artículo 33 del Reglamento de 1996 que después en el artículo 37 establece las circunstancias generales de los asientos. Es interesante que ya en el Reglamento interino de 1885, cuando el artículo 54 se refería a la extinción de los créditos inscritos sobre buques, se estableciera que ello se haría mediante escritura pública o documento fehaciente en que conste el consentimiento de la persona en cuyo favor se hizo la inscripción. Años más tarde, el Reglamento de 1956 recoge esta especie de denominado consentimiento formal en el artículo 167. Ahora lo refiere a los asientos relativos a buques; y exige para esa cancelación, o consentimiento del titular registral (en escritura o documento auténtico) o el de sus representantes o causahabientes o en último extremo resolución judicial firme. Hay concordancia con lo que prescribe nuestra Ley Hipotecaria.

Antes de entrar en el examen de los otros principios registrales, tal cual se aplican al Registro Mercantil, una referencia a otros cometidos del propio Registro, independientes de la publicidad de los comerciantes. Ya en el Código de Comercio de 1885, en el artículo 31, se establecía la obligación de conservar en el Registro Mercantil los datos de las cotizaciones en Bolsa.

Pero es la Ley de Reforma de 1989 la que supuso un cambio extraordinario. Así en la redacción que dio al artículo 16 del Código, tras indicar qué entidades habrán de inscribirse en el Registro Mercantil, añadía: «Igualmente corresponderá al Registro Mercantil la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes».

Aquella legalización se ha extendido posteriormente a la de los libros de actas de las comunidades de propiedad horizontal. Y en cuanto a las otras funciones anunciadas en la Ley de 1989, son el nombramiento de auditores de cuentas y expertos independientes. Así lo recogía el artículo 2 del Reglamento de 1989, el cual dedicaba todo un Título III a esas otras funciones del Registro Mercantil. Ello continúa en el actual de 1996.

VIII. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El principio de especialidad o también de determinación requiere que en el Registro quede claramente establecido el titular del derecho, el contenido de éste y el objeto sobre que recae. Hecha la debida trasposición a un registro de personas, habría que decir que lo inscrito debe reflejar claramente el hecho o circunstancia que se inscribe y el empresario a que se refiere, también el contenido de aquel hecho o acto.

El primitivo Código de 1829 hablaba en el artículo 22 de las dos secciones de que se componía el Registro General. Y en la segunda, que era la dedicada a las sociedades, indicaba que se inscribieran las escrituras de constitución por orden de números y fechas. Más generalidad tiene el artículo 20 del Código de 1885. «El Registrador anotará por orden cronológico en la matrícula e índice general todos los comerciantes y compañías que se matriculen, dando a cada hoja el número correlativo que le corresponda».

La Exposición de Motivos del Código actual era aun más clara. Los libros o secciones se llevarán abriendo un registro especial por orden cronológico a cada comerciante, sociedad o buque y anotando en las hojas los documentos que les conciernan. Eso mismo venía a establecer el Reglamento interino de 1885 en el artículo 9 (una hoja para cada comerciante); y en el 23, al decir que todas las inscripciones se harán seguidas y en la hoja respectiva.

Pero es el artículo 17 del Código en la redacción que recibe en la reforma de 1989 el que proclama con rango legal que el Registro Mercantil se llevará «con el sistema de hoja personal». Es la forma racional de aplicar el principio de especialidad a un registro de personas. Y tan importante se considera el principio que en los Reglamentos de 1989 y 1996 el artículo 3, que tiene como título hoja personal, reitera que el Registro Mercantil se llevará por el sistema de hoja personal, que es lo que decía la Ley de 1989, pero cambiando la preposición «con» por la «por» que parece más adecuada.

El principio de especialidad es totalmente semejante al de nuestra legislación hipotecaria cuando el Registro Mercantil se abría a los buques. Así el artículo 22 del Código de Comercio de 1885 establecía los datos que se debían inscribir en el Registro de buques. Entre ellos, los cambios de la propiedad de los mismos y la imposición o cancelación de los gravámenes que pesaran sobre aquéllos.

Ese precepto fue modificado por el Decreto 1754/74, de 7 de junio, dictado en virtud de la autorización concedida por la Disposición Adicional de la Ley de 21 de julio de 1973. He aquí cual quedó: 1. «En la inscripción de los buques y aeronaves en el Registro Mercantil se harán constar todas las circunstancias esenciales que sirvan para su adecuada identificación, así como las modificaciones de éstas. 2. También se inscribirán los actos y contratos por virtud de los cuales se adquiera o transmita la propiedad de los buques

o aeronaves, o se impongan, modifiquen o extingan gravámenes de cualquier clase sobre los mismos, y aquellas otras situaciones jurídicas que se determinen reglamentariamente».

Es interesante el precepto por esa preocupación de plena identificación que es consustancial al principio de especialidad. En cuanto a los distintos modos de adquirir la propiedad del buque, ya el Reglamento Provisional de 1919 aludía a la adquisición de su posesión por usucapión.

Propio también de ese principio de especialidad y del sistema de folio real era que la primera inscripción del buque fuera de propiedad. Así lo establecía el artículo 46 del Reglamento interino de 1885. Lo mismo repite el artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Luego, en los posteriores Reglamentos de 1989 y 1996, desaparece la referencia a los buques, tras que la Ley de Reforma de 1989 los eliminara del Registro Mercantil.

IX. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) TITULACIÓN EXIGIBLE

Requiere la legalidad que los actos y documentos que accedan al Registro Mercantil se encuentren de conformidad con las leyes. Una ayuda a ello viene representada por la titulación pública, en cuanto la intervención de notario o funcionario público es una primera garantía de aquella legalidad.

Por eso el artículo 23 del Código de Comercio de 1885 ya exigía que «la inscripción se verificará, por regla general, en virtud de copias notariales de los documentos que presente el interesado». Había normas especiales para la inscripción de billetes u obligaciones. Hay que entender que esas copias notariales no equivalían a los denominados testimonios sino a las copias autorizadas de las escrituras y actas.

Mucho más preciso era ya el artículo 8 del Reglamento de 1956. Según el mismo, «la inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente. También podrá practicarse en virtud de documento privado, en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en este Reglamento».

Esa dicción es la que pasó al artículo 18 del Código de Comercio con la redacción dada por la Ley de Reforma de 1989. Con dos variantes. Se habla ahora de documento público, en expresión más breve, sin enumerar las tres clases de ellos. Y la admisión del documento privado se introduce de forma más excepcional. Donde antes se decía «también», ahora se expresa «sólo».

Esa fórmula más compendiosa del artículo 18 es la que pasa al artículo 5 del Reglamento de 1989 y al mismo artículo del Reglamento de 1996. La rúbrica de ese artículo dice «titulación pública», lo que ya es expresivo.

Luego el artículo 93 del texto de 1996 se dedica a la inscripción del comerciante individual, donde, claro es, se admite el documento privado. Salvo para el naviero en que es exigible la escritura pública.

Los primeros reglamentos contienen algunas normas especiales. Así en el interino de 1885 y con referencia a los poderes, tanto para su otorgamiento como para la revocación, el artículo 31 exigía escritura pública. En el artículo 54 de ese texto se contiene norma especial para la extinción de los créditos sobre el buque a que en otro momento anterior hemos hecho referencia. En el Reglamento Provisional de 1919 y en el artículo 53 se prevé la expedición de mandamiento cuando se esté ante asientos ordenados por los tribunales.

Es curioso que en este Reglamento de 1919 el artículo 6 definía qué había de entenderse por título a efecto de practicar la inscripción. Realmente la norma concordaba con lo que al efecto establecía nuestra legislación hipotecaria, por lo que en los reglamentos posteriores no se consideró necesario reproducirla. Eso sí, se regulan esos títulos con todo detenimiento, expresando de forma muy detallada sus requisitos y circunstancias.

B) PREVIA INSCRIPCIÓN EN OTRO REGISTRO

La inscripción en el Registro Mercantil requería en ciertos supuestos la previa toma de razón en otro Registro distinto. Caso específico es el de los bienes dotales. Ya el artículo 27 del Código de 1829 establecía que si las escrituras dotales no se inscribían en el Registro Mercantil no se daría la prelación del crédito dotal. Lo mismo prescribía el artículo 27 del Código de 1885, extendiendo la norma a los parafernales de la esposa. Finalmente el artículo 34 del Reglamento interino de 1885, cuando se tratara de dotales o parafernales de carácter inmueble, disponía la previa inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, el artículo 27 del Código del 85, tras negar la prelación a las escrituras dotales o parafernales no inscritas en el Registro Mercantil, tenía un párrafo posterior: «Exceptúanse los bienes inmuebles y derechos reales inscritos a favor de la mujer en el Registro de la Propiedad con anterioridad al nacimiento de los créditos concurrentes».

En el clásico Tratado de Derecho Mercantil, ÁLVAREZ DEL MANZANO se planteaba el problema de lo que ocurriría si esos bienes inmuebles se inscribían en el Registro de la Propiedad, pero tras nacer los créditos concurrentes. Para él, el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, inscrito a favor de la mujer del comerciante en el Registro de la Propiedad, con posterioridad al nacimiento de un crédito concurrente no inscrito, no será menoscabado por éste (aunque aquel bien no esté inscrito en el Registro Mercantil). Y ello porque este artículo 27 del Código, a pesar de su redacción literal, no ha

pretendido modificar todo el régimen de la propiedad inmueble contenido en el Código Civil y legislación hipotecaria, ni las normas sobre prelación de créditos que se contienen en los dos Códigos sustantivos.

C) PLAZO PARA CALIFICAR

La calificación que haga el Registrador debe realizarse dentro de un plazo. Así se desprende del que se establece para la inscripción; pues es claro que ésta presupone aquélla. En el Reglamento interino de 1885, el artículo 22 establecía el plazo para practicar la inscripción. Lo mismo hacía el artículo 58 del Reglamento Provisional de 1919. Después el artículo 35 del Reglamento de 1956 enumeraba los plazos de 15, 30 ó 60 días, según las circunstancias.

Esa materia es la que regula con toda amplitud el Reglamento vigente de 1996 en el artículo 39. Pero a nivel legal no existía norma expresa. Es lo que ha subsanado la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Lo ha hecho añadiendo cinco nuevos apartados al artículo 18 del Código de Comercio, que es el que regulaba el principio de legalidad. Ahora el apartado 4, primero de los añadidos, prevé el plazo para calificar en 15 días; desde la fecha de la presentación o desde que se devolviera el título retirado, se subsanase el defecto, o se despachara el título previo. Los apartados 5 y 6 prevén los efectos de la calificación extemporánea.

D) ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN

Yendo a la calificación en sí, antes mencionábamos la opinión de GARRIGUES de que el perjuicio a tercero de oponerle lo inscrito (la que él llama publicidad positiva) sólo cabe con la salvaguardia que supone la calificación del Registrador, pues con ella aquel efecto únicamente lo producirán documentos judicialmente eficaces. En el mismo sentido la Exposición de Motivos del Reglamento Provisional de 1919 hablaba de las cautelas para que en el Registro no ingresen documentos nulos, otorgados por personas incapaces, sin las formalidades legales o con estipulaciones contrarias a las leyes.

No obstante, en su obra de 1936, GARRIGUES expresaba sus dudas de que el Registrador Mercantil normalmente calificara con toda la amplitud que para el principio de legalidad preveía el artículo 59 del Reglamento de 1919. «Porque en el Registro Mercantil se inscriben hechos o aunque se inscriban documentos, éstos lo que acreditan en general es la realización de un hecho jurídico que no tiene carácter contractual». Entendemos que estas dudas han quedado superadas por la evolución posterior del sistema registral.

El principio de legalidad o calificación quedó claramente establecido en el artículo 59 del Reglamento Provisional de 1919. Lo recogió también el artículo 5 del Reglamento de 1956, que después en los artículos 44 y posteriores se ocupaba con todo detalle de la calificación.

Pero cuando con rango legal se asume el principio es en el artículo 18 del Código vigente con la reforma trascendental de 1989. El apartado 2 queda así: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro». Tal precepto ha pasado a ser el artículo 6 en los Reglamentos de 1989 y de 1996, con la escueta rúbrica de «Legalidad». Luego en los artículos 58 y posteriores se ocupan ampliamente de la calificación.

Es interesante consignar que en el artículo 5 del Reglamento de 1956 había algunas variantes de lo que luego diría el texto legal. En primer lugar, la calificación sería «con referencia a los títulos presentados». En segundo término abarcaría a «la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba». Finalmente, al tratar de la validez, se añadía: «examinando si se han cumplido los preceptos legales de carácter imperativo».

De estas supresiones en el texto de 1989, la primera puede parecer obvia, pues claro es que la calificación se refería al título presentado. Algo semejante podríamos decir de la tercera, pues para comprobar la validez o nulidad resulta imprescindible el examen de esas normas legales imperativas. En cambio, el no referirse a la competencia o facultades de quien autorice el documento es una forma de eludir el problema del alcance de la calificación cuando se trate de documentos judiciales o administrativos. En este sentido la legislación hipotecaria es más decidida y contempla un tema que no deja de existir por el hecho de que la norma lo silencie. En todo caso, cabría una aplicación analógica de las soluciones hipotecarias que están más que avaladas por la experiencia.

E) RECURSOS PROCEDENTES

El principio de legalidad o calificación presupone que frente a la realizada por el Registrador Mercantil quepan recursos al interesado cuando aquélla es desfavorable. El régimen tradicional ha sido más simple que el establecido en la legislación hipotecaria, pues frente a las dos alzas que ésta permitía, en el Registro Mercantil sólo habría una a la Dirección General, precedida de una suerte de reposición ante el propio Registrador.

El Reglamento Provisional de 1919 aludía en el artículo 58 al recurso gubernativo y después en los 66 y 74 al 84 trataba de la calificación y los

recursos. En el Reglamento de 1956, los artículos pertinentes eran los 44 al 68. Y en el de 1989 del 66 al 76. También en el vigente Reglamento de 1996, la materia se empieza a desarrollar en los artículos 66 y siguientes. En este último texto el plazo para recurrir la calificación registral es de dos meses (art. 69) y el existente para la alzada de un mes (art. 71).

En esta materia ha incidido la Ley de 27 de diciembre de 2001, que es la de Medidas Administrativas para 2002. Se añaden cinco apartados al artículo 18 del Código de Comercio, y concretamente en el 7 se prevé que ante la calificación negativa del Registrador quepa recurrir a la Dirección General. A su vez, la Disposición Adicional 24 de dicha Ley ordena que la nueva regulación que la misma introduce del recurso gubernativo en la Ley Hipotecaria es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles. Finalmente la Disposición Transitoria 18 de dicha Ley prescribe que el régimen que la misma prevé para el recurso gubernativo será de aplicación a los interpuestos después de la entrada en vigor.

Ese nuevo régimen es sobre todo original en cuanto al recurso jurisdiccional que cabe frente a lo que resuelva la Dirección General. Ahora se tramitará la impugnación por el cauce del nuevo juicio verbal y ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia. Es claro que la decisión de éste será apelable ante la correspondiente Audiencia Provincial y que, si el asunto presenta interés casacional, podrá darse un último recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Aquí no cabrá la intervención del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, como prevé esa reforma de la Ley de 2001, porque en Derecho Mercantil la competencia exclusiva es del Estado y no hay especialidades de Derecho Foral. En todo caso, el nuevo régimen que, tras la reposición ante el Registrador y la alzada a la Dirección General permite hasta tres instancias judiciales, resulta enormemente criticable. No sólo por esa exagerada dilación, sino porque la unidad de doctrina de la Dirección General queda totalmente en entredicho.

Lo anterior se agrava porque esa vía de recursos que tiene el interesado ante una calificación negativa es independiente del pleito civil que puedan promover las partes sobre la validez o no del título o documento presentado. A ello se refería el artículo 65 del Reglamento Provisional de 1919, que después en el artículo 67 establecía que en ese litigio civil el Registrador no sería parte.

Lo mismo viene a prescribir el vigente Reglamento de 1996, que en el artículo 66, apartado 2, establece que en cuanto a ese litigio entre los particulares se estará a lo que previene el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y los 101 y 132 de su Reglamento. La cita al 101 debe entenderse hecha al 111; y el 132 viene a repetir el que el Registrador no sea parte en aquel proceso civil entre partes.

En cuanto al cauce procesal de este juicio civil plenario, lo normal hubiera sido que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la oportuna fuera la vía del juicio ordinario. Porque si para los recursos contra la calificación de la Dirección General, el trámite ahora es el del juicio verbal, hubiera sido congruente que para aquel debate definitivo sobre los títulos inscribibles el aplicable fuera el juicio ordinario, con total independencia de la cuantía de lo debatido. Al no decirse así, habrá que estar a la cuantía económica de lo discutido para que se vaya por la vía del verbal o del ordinario. Aunque ciertamente si el monto económico del asunto no llega al tope máximo del verbal, no será muy previsible que se acuda a este juicio plenario entre las partes. Máxime cuando por vía de recursos caben todas las instancias que antes criticamos.

X. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

A) PROCLAMACIÓN LEGAL

El fundamental principio de tracto sucesivo tuvo una acogida bien tenue en nuestro Código de Comercio de 1885. Tras haber declarado potestativa la inscripción del comerciante individual, en el artículo 18 establecía que el comerciante no matriculado no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil. Lo cual por lo demás era absolutamente obvio.

Manifestaciones de ese principio de tracto se observan en los primeros reglamentos. Así en el interino de 1885, cuando en el artículo 35 se trataba de la inscripción de los bienes dotales en el Registro Mercantil, se establecía que si el marido comerciante no estaba inscrito, previamente se procedería a la inscripción de éste. Algo parecido se encuentra en el Reglamento Provisional de 1919. Con relación a la inscripción de las situaciones concursales del comerciante, el artículo 106 prescribía que si el comerciante afectado no estaba inscrito, se procedería antes a su inscripción. Curioso era también el artículo 119 de ese Reglamento. Tratándose del acceso al Registro de las Sociedades Mercantiles, se ordenaba que la primera inscripción a realizar había de ser la de constitución de la propia sociedad.

En una segunda fase el Reglamento de 1956 contiene en el artículo 4 una proclamación del principio de tracto mucho más cercana a la existente en la legislación hipotecaria. El curioso precepto decía así: «Para inscribir en el Registro los títulos de transferencia de los derechos de socio y del dominio y demás derechos reales sobre buques y aeronaves, será necesaria la previa inscripción a favor del transferente, pudiendo constar en un solo asiento las diferentes transmisiones realizadas. También será necesaria la previa inscrip-

ción de las facultades de los gerentes o administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos».

Hay aquí una aproximación excesiva al régimen del Registro de la Propiedad, cuando sabido es que el Registro Mercantil lo es de personas y no de bienes. La referencia a los poderes es oportuna. Y curiosa esa alusión al tracto sucesivo abreviado que el mismo precepto contiene.

Llegamos así a la trascendental Ley de Reforma de 1989, que en este particular defrauda totalmente. En su artículo 19 consagra el apartado 1 a la inscripción potestativa del comerciante individual, el 2 a los casos de registro obligatorio, y el 3 a una referencia al naviero. Pues bien, en una segunda frase del apartado 1 vuelve a repetir lo que antes decía el artículo 18 del Código, o sea, que el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil.

Era muy poco eso para los cien años transcurridos desde nuestro vigente Código. Además el que el principio de tracto de forma tan embrionaria aparezca en un precepto que regula el carácter de la inscripción es un detalle de poca sistemática. De otro lado, el principio se predica del comerciante individual, cuando es claro que exactamente igual era aplicable a la sociedad mercantil. Cuando en el Reglamento de 1956 había aquel precepto antes transcrito, aun con sus limitaciones, el que en 1989 se reproduzca empeorada la redacción de 1885 es algo que habla bien de un cierto respeto al venerable Código, pero mal del nulo progreso que en 1989 se daba en esta materia.

Hubo que esperar a los Reglamentos de 1989 y 1996 para que el principio de tracto quedase reconocido con la dignidad que requería. En ambos casos era el artículo 11 y, bajo la rúbrica de tracto sucesivo, el contenido idéntico.

«1. Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto.

2. Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos.

3. Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos».

Se ha contemplado un supuesto bastante general que es el del apartado 1, otro especial relativo a los poderes, también de alcance bastante amplio, y una referencia a los actos o contratos porque ciertamente éstos se inscriben en el Registro Mercantil cuando la ley lo dispone.

Claro es que el principio de tracto sucesivo tenía plena aplicación al referirse a buques, puesto que en este caso el Registro Mercantil operaba como un registro de bienes al igual que el Registro de la Propiedad. Así el Reglamento Provisional de 1919, en el artículo 151 prescribía tal principio de tracto en el caso de los buques. Es más, se indicaba que a partir de la entrada en vigor de dicho texto, aquel principio se exigiría con todo rigor.

Ya hemos visto el interesante artículo 4 del Reglamento de 1956 dedicado en general al tracto sucesivo. Pero luego el artículo 148, referido en especial a los buques, daba un desarrollo más completo a dicho principio en unos términos sumamente parecidos a los que utiliza nuestra legislación hipotecaria. Así, se ordenaba la suspensión de la inscripción o anotación o bien su denegación en casos análogos a los previstos en el Registro de la Propiedad. En ese Reglamento y también dentro de la materia dedicada a los buques, el artículo 175 se refería a la forma de reanudar el tracto sucesivo interrumpido.

Como es lógico, estas menciones han desaparecido totalmente en los Reglamentos de 1989 y 1996, puesto que en ellos los buques quedan eliminados de su ámbito.

B) OPINIONES SOBRE SU IMPORTANCIA

Sobre la importancia de este principio de tracto, PAZ ARES la minusvalora cuando indicaba que el Reglamento de 1989 incluye otros principios de menos relieve como el de tracto sucesivo. No es la opinión de AURELIO MENÉNDEZ para el que esos principios añadidos en el texto reglamentario no son de menor alcance.

Restrictiva era también la opinión de GARRIGUES, expresada en su curso de 1936. Indica que el principio de tracto funciona normalmente en el Registro de Buques (entonces dentro del Registro Mercantil) porque al igual que el Registro de la Propiedad, en él se inscriben cosas y derechos reales sobre ellas. Pero, añade, ese principio es una inútil restricción en el Registro Mercantil de comerciantes.

Más templada es la idea de URÍA en su Derecho Mercantil de 1958. El tracto sucesivo se aplica claramente tratándose de los buques o aeronaves. Pero el Reglamento de 1956 (en el art. 4 que antes se ha transcrito) parece extender tal principio a las inscripciones de otros actos que ya no encajan tan claramente en los límites rigurosamente técnicos del mismo. Así cuando se exige para los apoderados la previa inscripción de sus facultades al ir a otorgar un acto o contrato, esto no es una verdadera manifestación de tracto sucesivo en sentido técnico, sino una exigencia legal establecida por razón del deber que tiene el Registrador de calificar la competencia y facultades de quien autorice el acto o contrato inscribible.

Hay que decir que esto último es cierto y que así lo impone el principio de legalidad. Es más, en el Registro de la Propiedad y con referencia al de tracto sucesivo, no es necesaria la previa inscripción de los representantes o mandatarios. Pero es que en el Registro Mercantil no han de inscribirse los poderes especiales para un acto, sino los de carácter general, pues a los

terceros interesa conocer quiénes son las personas que en un momento dado están facultadas para actuar en nombre del comerciante.

Finalmente, PABLO CASADO afirma que el principio de tracto sucesivo sólo por analogía puede aplicarse a los registros de personas (como es el Registro Mercantil), cuya historia tantas veces se ve llena de lagunas, saltos y sobresaltos, por lo que entiende que mejor será hablar aquí de coherencia o congruencia, exigible sólo en determinados casos.

Desde luego que la coherencia es deseable siempre. Pero tampoco es tan claro que el tracto sucesivo no quepa en el Registro Mercantil. Hemos hablado antes del caso de los poderes y de su inscripción. En cuanto a la transferencia de la cualidad de socio, a que se refería el artículo 4 del Reglamento de 1956, podía ser aplicable en los casos de sociedades personalistas y cuando esa transmisión fuera autorizada por los restantes socios. En cambio tratándose de sociedades capitalistas, el precepto no tendrá encaje porque nuestro Registro Mercantil lo es de sociedades y no de participaciones ni de acciones. En cuanto al apartado 2 del artículo 11 del Reglamento vigente, relativo a los actos modificativos o extintivos de otros anteriores, el que previamente deban estar inscritos éstos, sí que es una obviedad.

Queda pues como verdadero enunciado de ese principio de tracto el apartado 1 de tal artículo 11. Esto es, que para inscribir actos relativos a un sujeto registral es necesaria la previa inscripción de éste. O lo que es igual, el acto que se pretende inscribir requiere la previa toma de razón del sujeto o entidad del cual emana. Salvada la diferencia con un registro de cosas, aquí sí cabe ver una verdadero ejemplo de lo que es el tracto.

XI. PRINCIPIO DE PRIORIDAD

A) DUDAS DOCTRINALES

Algo parecido a lo que se ha dicho del principio de tracto podría predicarse del principio de prioridad, tan fundamental en el Derecho registral. PAZ ARES recordaba que lo había introducido el Reglamento de 1989, pero que podía considerarse de menor relieve. Por el contrario AURELIO MENÉNDEZ entendía que no tenía menos alcance.

El propio GARRIGUES dudaba de la virtualidad de este nuevo principio. Porque la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no pueden determinar ningún orden de preferencia en los derechos, ya que no se inscriben derechos sino hechos. Rara vez, dice, se producirá colisión entre los datos inscritos.

En análogo sentido se pronuncia mucho después PABLO CASADO. Para él el fenómeno del mejor derecho por el tiempo no se da (al menos en plenitud)

en los registros de personas, en los que... se impone al Registrador un determinado orden en el despacho de los documentos presentados, pero que son ajenos a los problemas que plantean la incompatibilidad o preferencia entre titularidades sobre un bien o derecho.

Resulta difícil imaginar, añade, títulos opuestos o incompatibles con la situación registral mercantil previa, rechazables por su incoherencia o incongruencia con aquella situación previa. No es necesario acudir pues al principio de prioridad; basta el de coherencia. Y en todo caso, el principio de prioridad no debe situarse entre los que se refieren a los efectos de la inscripción, sino a los requisitos o procedimiento para practicar aquélla.

No entramos en esta final afirmación, pues en último extremo plantea más bien cuestión de sistemática y no afecta al fondo. Que la coherencia es necesaria siempre ya lo aceptamos antes. Y en todo caso los principios registrales no son compartimentos absolutamente estancos. Ni en el Registro de la Propiedad. Así los principios de tracto sucesivo, de prioridad y de fe pública en su vertiente negativa confluyen a veces para lograr determinado efecto, que así en buena ley puede atribuirse a cada uno de ellos.

B) PROCLAMACIÓN NORMATIVA

El orden de despacho en los títulos ya aparecía insinuado en el propio Código de 1885. Así el artículo 20 prescribía que el Registrador anotaría por orden cronológico en la matrícula e índice general todos los comerciantes y compañías que se matriculen, dando a cada hoja un número correlativo.

Lo mismo establece el artículo 34 del Reglamento Provisional de 1919, o sea, que los asientos se extenderán por orden cronológico. Es más, el artículo 43 de ese texto regula el caso de presentación simultánea de títulos contradictorios, que es tan típico del principio de prioridad.

Pero la auténtica consagración del principio indicado no aparece en los textos del Registro Mercantil hasta los Reglamentos de 1989 y 1996, que a ello dedican el artículo 10. Es precepto que por su importancia hay que transcribir. Artículo 10: Prioridad. 1. «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, tampoco podrá inscribirse o anotarse durante su vigencia ningún otro título de la clase antes expresada.

2. El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Registrador practicar las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación».

De este segundo apartado, la primera frase es la que proclama claramente el efecto de la prioridad. Consiste en la preferencia. Precisamente es el lema del cuerpo de Registradores: *prior in tempore, potior est in iure*. El despacho por orden de presentación es presupuesto y a la vez efecto de aquella preferencia. El apartado 1 de ese artículo 10 es reproducción enormemente fiel del artículo 17 de la Ley Hipotecaria donde aparece el principio de prioridad.

Precisamente por esa fidelidad, cuando se proclama la preferencia sobre los títulos incompatibles se contempla que éstos sean de igual o anterior fecha. Pero es claro que si el opuesto que llegó más tarde es además de fecha posterior, con más razón lo excluirá el principio de prioridad que jugará *a fortiori*. Suele decirse que este supuesto último lo cubre el principio de tracto sucesivo. Mas ya hemos apuntado antes que los principios registrales no son compartimentos estancos. Por ello también lo excluirá el propio principio de prioridad.

Instrumento fundamental para la aplicación del indicado principio es el libro de presentación. Ya el Reglamento interino de 1885, en el artículo 13 mencionaba el libro talonario de documentos presentados. A su vez, el artículo 26 ordenaba que en la inscripción que se practicara se hiciera constar el día de la presentación del título. El Reglamento Provisional de 1919 ya habla en el artículo 33 del libro de presentación. Y en el de 1956, el artículo 27 establecía que los efectos del asiento de presentación duran 60 días.

En el texto vigente de 1996, el artículo 23 menciona entre los libros del Registro al Diario de Presentación, al que dedica también el artículo 25. Después en los artículos 41 a 57 regula ampliamente el asiento de presentación.

XII. PUBLICIDAD FORMAL

A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

Dentro del amplio principio de publicidad una primera faceta es la denominada publicidad formal, esto es, el conocimiento que debe darse del Registro y de lo que en él se inscriba.

En el Código de 1829, el artículo 12 establecía que la inscripción del comerciante ante la autoridad local se trasladaría al gobernador civil de la provincia para su constancia en la matrícula general. A su vez el artículo 16 prescribía que la matrícula de comerciantes de cada provincia se circulará anualmente a los Juzgados de Primera Instancia, los que fijarán copia autorizada en el atrio de sus salas para conocimiento del comercio. Finalmente el artículo 31 ordenaba que de todo asiento en el Registro se enviará copia al juez de primera instancia del domicilio del comerciante, para que la fije en

estrados y la inserte en el Registro particular que cada juzgado debe llevar de estos actos.

En el Código de 1885 la publicidad formal queda anunciada ya desde la Exposición de Motivos. Se dice en ésta que la publicidad del Registro queda completamente establecida, pues se franquean sus páginas a cuantas personas deseen adquirir noticias referentes a los comerciantes, sociedades y buques inscritos; y se facilitan copias certificadas de sus asientos a quienes las pidan por escrito.

En efecto, el artículo 30 proclama en primer lugar que el Registro Mercantil es público. Añade que el Registrador facilitará noticias de lo en él inscrito. Y concluye que expedirá testimonio literal, total o parcial, de la hoja correspondiente a quien lo pida en solicitud firmada. El Reglamento interino de 1885 establecía como medios de esta publicidad formal o la manifestación del Registro al interesado o la certificación con referencia a los libros, la cual podrá ser literal o en relación, cual indicaba el artículo 60 de ese texto.

En fecha más reciente, el Reglamento de 1956 en su artículo 38 enumeraba ya entre los medios de información a la nota simple informativa. Todo ello lo recoge la Ley de 21 de julio de 1973, que da nueva redacción al artículo 30 del Código de Comercio y destaca la fehaciencia de la certificación registral.

Toda esta evolución se cierra en la importante reforma de 1989, que dedica a la publicidad formal el artículo 23 cuyos dos primeros apartados dicen: 1. «El Registro Mercantil es público. La publicidad se hará efectiva por certificación del contenido de los asientos expedida por los Registradores o por simple nota informativa o copia de los asientos y de los documentos depositados en el Registro. La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro.

2. Tanto la certificación como la simple nota informativa podrán obtenerse por correspondencia, sin que su importe exceda del coste administrativo».

La obtención por correspondencia es una forma más de facilitar esta publicidad. Y lo relativo al coste, más bien es una declaración propia de una norma tributaria relativa a una exacción del tipo tasa. El primer apartado del transcrito artículo 23 pasa al artículo 12 del Reglamento de 1989 bajo la rúbrica correcta de publicidad formal. Luego en los artículos 77 al 80 desarrolla esa materia.

En el vigente Reglamento de 1996, el artículo 12 introduce alguna novedad. Así prescribe en el apartado 1, que corresponde al Registrador Mercantil, el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. A su vez, en el apartado 3 encomienda al Registrador el cumplimiento de las normas vigentes en

las solicitudes de publicidad que se realicen en masa o que afecten a los datos personales reseñados de los asientos. En los artículos 77 a 80 se desarrolla el asunto.

En el 77 se alude a la petición de certificación mediante escrito transmitido por telecopia u otro procedimiento similar. Se regula también la certificación actualizada. En el artículo 79 la consulta por ordenador y en el 80 hay una remisión a lo previsto en el Reglamento Hipotecario.

Toda esta normativa ha actualizado de forma extraordinaria aquellas primeras normas bien rudimentarias del Código de 1829 en materia de publicidad. Así cuando por Ley 27-XII-2001 se alude a la publicidad telemática. Incluso ahora se apuntan a ciertos límites cuando esas peticiones de información puedan caer en lo abusivo o afectar al derecho de intimidad de quienes acceden al Registro. El armonizar ambos principios es tarea delicada que pesa ahora sobre el Registrador.

B) MEDIO INDIRECTO DE FOMENTAR LA PUBLICIDAD

Si el Registro Mercantil es el instrumento idóneo para facilitar información sobre los aspectos jurídicos relativos al empresario, a ello contribuirá cualquier medida que nos suministre pistas sobre en qué Registro Mercantil hacer esa consulta. A esa finalidad subvino la Ley de Reforma de 21 de julio de 1973, al ordenar que los datos de inscripción se hicieran constar en los documentos mercantiles de tales empresarios.

Así en el artículo 30 del Código de Comercio, que tal cual se redactó estaba consagrado a la publicidad formal, se introdujo un último párrafo de este contenido: «Las sociedades y los comerciantes o empresarios individuales inscritos deberán hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificadores de su inscripción en el Registro».

Esa norma pasa al Código en la reforma de 1989 y a ser el artículo 24, que ahora se dedica íntegramente al tema y que es el que cierra el título consagrado al Registro Mercantil. La ampliación respecto al texto de 1973 es bien notable.

Primero porque la obligación se predica, no ya de los comerciantes inscritos, sino de todas las entidades sujetas a inscripción obligatoria. Además se alude no sólo a la documentación y correspondencia, sino también a las facturas y notas de pedido. En tercer lugar, tratándose de sociedades y demás entidades, habrá de hacer constar su forma jurídica, posible situación de liquidación y capital desembolsado, si es que mencionan dicho capital.

Pero lo más importante es el apartado 2, que viene a completar lo que en el texto de 1973 era una obligación imperfecta. Porque ahora el incumplimiento de la misma se sanciona con multa que puede llegar a 500.000 ptas.

La impone el Ministerio de Economía y Hacienda, previa audiencia y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo. Hoy el Ministerio referido se ha desdoblado en los de Hacienda y Economía; y por otra parte la ley a tener en cuenta sería la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

C) EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL

Instrumento de publicidad es también el Registro Mercantil Central, al que después habrá que referirse. Lo anunció la Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1973, al hablar de su creación. Después en el último párrafo del artículo 16 del Código, al que dio una nueva redacción, establecía: «En la Dirección General de los Registros y del Notariado existirá un Registro Central de carácter informativo, cuyo alcance y funcionamiento se regularán en el Reglamento del Registro Mercantil». Asimismo en el artículo 30, apartado 2, indicaba que los datos esenciales de ese Registro Central se publicarían en un boletín.

Pero hubo que esperar a la Ley de Reforma de 1989 para que aquel anunciado Registro fuera realidad. Así en el artículo 17 del Código de Comercio, nuevamente redactado, y en el apartado 3 se prescribía que: «En Madrid se establecerá además un Registro Mercantil Central». No se menciona ahora la dependencia de la Dirección General, quizá por entender que ello era propio de la norma reglamentaria. Después el artículo 18 en el apartado 3 ordenaba que «practicados los asientos en el Registro Mercantil, se comunicarán sus datos esenciales al Registro Central». Finalmente en el artículo 23 y también en el apartado 3 se concluía que «El Registro Central no expedirá certificaciones de los datos de su archivo, salvo con relación con las razones y denominaciones de sociedades y demás entidades inscribibles».

El desarrollo de esos preceptos se encontró en el Reglamento de 1989 y hoy en el vigente de 1996. Éste dedica todo un Título, el IV, a dicha institución. En el artículo 382 se permite que el Registrador Mercantil Central expida notas informativas de su contenido. Pero «en las notas que se expidan se advertirá de las limitaciones relativas a la información que se facilita».

Esto último es claro, puesto que al Registro Central sólo se remiten los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Territoriales. Precisamente el nuevo Reglamento detalla minuciosamente cuáles han de ser esos datos en cada caso. Finalmente el artículo 393 regula la forma de corregir los errores que se hayan producido al remitir los datos desde el Registro de origen hasta el Central.

La importancia de este nuevo Registro ha sido destacada por PABLO CASADO. Indica que tiene funciones relevantes. Puede decirse que es la cúpula

del sistema registral y pieza de cierre del mismo. También el conducto obligado entre los Registros Territoriales y el *BORME*. Alude a la Exposición de Motivos del reglamento que lo estableció.

También CHICO ORTIZ destaca esa importancia del Registro Central. Pero manifiesta que su pretendido carácter informativo queda ampliamente superado por la eficacia que la Ley concede a los datos que por medio de aquel Registro se hayan publicado. En cuanto esta observación implica una crítica al sistema legal, será considerada más adelante, cual anunciábamos al comenzar a tratar de esta institución.

D) EL *BORME*

La Ley de Reforma de 1973 anunció también la creación del Boletín del Registro Mercantil. Así en el apartado 2 del artículo 30 del Código de Comercio, en su nueva redacción, ordenaba la publicación de un Boletín Oficial del Registro Mercantil, con el contenido esencial de los asientos registrales, y en el que se insertarán además «aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor».

Explica detenidamente PAZ ARES que la creación de ese boletín, reiteradamente demandada por la doctrina, y cuyos antecedentes se remontan al proyecto de Código de Comercio de 1927, se previó en la reforma indicada de 1973, pero a ese boletín se le atribuía un mero carácter informativo con lo que su importancia registral quedaba notablemente reducida. Tal vez por ello, apunta, nunca llegó a publicarse efectivamente.

Fue, una vez más, la Ley de Reforma de 1989, la que dio el paso. En el artículo 18 del Código de Comercio y en el apartado 3 ordenaba que los datos esenciales que se habían enviado al Registro Mercantil Central serían objeto de publicación en un boletín. El artículo 21 en el apartado 1 establece la verdadera eficacia de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (el *BORME*). Eficacia de la publicación que se acentúa en el apartado 3 del mismo artículo.

En el actual Reglamento del Registro Mercantil de 1996 al boletín indicado, se dedica todo un capítulo dentro del título que regula el Registro Mercantil Central. Es interesante el artículo 427 sobre subsanación de errores en la publicación, bien se deban a la propia inserción o a otro momento anterior de la transmisión. En este último caso la corrección habrá de interesarla el Registrador Mercantil Central.

También CHICO ORTIZ destaca la enorme eficacia que se atribuye al *BORME* y a lo en él publicado, pues esa publicación puede prevalecer sobre el contenido registral. Más adelante habrá que ocuparse de este trascendental efecto.

XIII. PUBLICIDAD LEGAL

Dentro del amplio principio de publicidad acabamos de hablar de la de carácter formal. Más adelante se tratará de la publicidad material, con sus dos componentes de principio de legitimación y de fe pública. Pero entre ambas cabe situar, siguiendo a ROCA SASTRE, lo que él denomina publicidad legal, esto es, la presunción de conocimiento del Registro.

A ello se refería ÁLVAREZ DEL MANZANO al comentar el primitivo y fundamental artículo 26 del Código de 1885. El precepto de ese artículo se funda en una presunción: la de que lo inscrito en un registro público, como lo es el Registro Mercantil, llega a conocimiento de todos. Incluso más que de presunción podría hablarse de ficción. En el mismo sentido se pronuncia R. URÍA en su edición de 1958. En efecto, el acto o contrato inscrito se supone conocido de todos. Es exactamente lo que había dicho GARRIGUES en 1936 en la primera edición de su curso. Y repite: el hecho inscrito puede oponerse a tercero aunque éste lo ignore. El último autor citado añade que el tercero no puede invocar su ignorancia porque lo inscrito le perjudica aunque de hecho lo ignore. En nuestro derecho la ficción es completa. Lo inscrito en el Registro Mercantil, que todo el mundo puede conocer, es en efecto conocido por todo el mundo. La ficción es rigurosa, puesto que se liga al solo hecho de la inscripción, sin que sea necesaria otra publicidad en periódicos. Hay aquí un apunte curioso al que sería el futuro *BORME*.

Con esos precedentes doctrinales no puede extrañar que el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que tanto innovó en materia de principios registrales, recogiera en su artículo 2, tras proclamar que el Registro Mercantil es público, la siguiente frase: «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido por todos, y no podrá invocarse su ignorancia». Era el fundamental principio de publicidad legal y se conectaba como consecuencia al hecho de que el Registro fuera público y accesible a todos.

Explica PABLO CASADO que uno de los pilares básicos en que se asentaba la publicidad registral era esa presunción de conocimiento que el citado Reglamento de 1956 introducía en su artículo 2. Pero añade que esa presunción *iuris et de iure* chocaba con el sistema más flexible de la directiva europea sobre publicidad en el campo mercantil.

Por ello no puede extrañar que al introducirse en nuestro derecho el sistema de aquella directiva, aquel principio de publicidad legal y aquel artículo 2 hayan desaparecido. No aparecen ni en la Ley de Reforma de 1989 ni en los Reglamentos del Registro Mercantil de 1989 ó 1996. Más adelante podrá hacerse alguna consideración crítica sobre tal desaparición.

XIV. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

A) PROCLAMACIÓN GENERAL

Con el principio de legitimación se entra en la que puede denominarse publicidad material, puesto que aquí la inscripción está produciendo efectos de ese tipo. Pero dentro de ella está primero la legitimación registral, que implica una presunción *iuris tantum* de exactitud y que juega tanto *inter partes* como con relación a terceros.

Un primer atisbo aparece en el Código de Comercio de 1885 y en concreto en su Exposición de Motivos. Se habla del Registro como institución esencialmente jurídica y dirigida por un funcionario perito, inamovible y sujeto a responsabilidad; con lo que se busca la independencia.

Esta idea es la que concreta el Reglamento Provisional de 1919 en su artículo 18. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, y producen todos los efectos mientras no se declare su nulidad. El Reglamento del Registro Mercantil de 1956 repite esa norma en el artículo 1, manifestando así la importancia que le concede. Pero ahora aquellos efectos se producen: mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

Por tanto, retrasa la pérdida de efectos hasta que se inscriba esa declaración en contrario. Aclara que esta última ha de ser judicial, esto es, de un tribunal de justicia. Y se contempla no sólo la nulidad sino también la posible inexactitud de aquel asiento registral.

A la altura de 1936, el maestro GARRIGUES se pronunciaba de esta forma sobre el principio de legitimación. La inscripción en el Registro Mercantil, decía, goza de una verdadera presunción de legalidad del hecho inscrito cuando el documento que lo instrumentó fue notarial o de funcionario público. Porque ese valor que tienen no puede disminuirse por el hecho de su inscripción. En los demás casos la inscripción no engendrará más que una presunción de legalidad de la propia inscripción y una apariencia jurídica de veracidad de su contenido que puede ser destruida por prueba en contrario.

Aparte esto último que es claro, vemos que la presunción más bien se predica de la inscripción y no del hecho inscrito. Aunque la frase «apariencia jurídica de veracidad de su contenido» permite una interpretación más generosa del principio de que tratamos.

Una vez más es el Reglamento de 1956 el que culmina la evolución al proclamar como primer apartado del artículo 3 el típico principio de legitimación registral: «El contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido».

Esta proclamación es la que en la Ley de Reforma de 1989 aparece como primera frase del primer apartado del artículo 20 del Código. Como segunda

frase de ese mismo apartado se inserta la declaración de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales, cual había señalado el Reglamento de 1956.

En los Reglamentos de 1989 y 1996, ese primer apartado del artículo 20 pasa a ser también el primer apartado del artículo 7, que ahora tiene como rúbrica la palabra legitimación. Y ello porque en tal Reglamento los distintos principios registrales se enuncian escuetamente sin añadir en cada caso la palabra «principio».

B) REFERENCIA A COSAS

El principio de legitimación que hemos reseñado brevemente alcanza especial significado cuando la inscripción era de buques o aeronaves. Así, ya el artículo 50 del Reglamento Interino de 1885 establecía que la certificación de la hoja del Registro del buque se consideraría como título bastante para la justificación del dominio o imposición de gravámenes. Lo mismo sentaba el artículo 159 del Reglamento Provisional de 1919.

Ese precepto pasa al artículo 154 del Reglamento de 1956. Al tratar de esa certificación exigida por el artículo 612 del Código de Comercio y que debe llevar el capitán, se reitera que es título bastante, añadiéndose que también para la transmisión. Y se indica que esos actos pueden realizarlos el dueño, armador, naviero o capitán en los casos autorizados por el Código.

Con expresión más general y con referencia específica a los asientos, en el Reglamento de 1919 hay en el artículo 180 esta proclamación de la legitimación. En efecto, los asientos del Registro Mercantil harán prueba del dominio o propiedad de los buques, así como de las cargas impuestas sobre los mismos. Lo propio recoge el Reglamento de 1956 en el artículo 166, apartado 1.º En cambio para las aeronaves el artículo 183 de este último Reglamento recuerda que la certificación del Registro Mercantil acreditará su propiedad y es el único medio de justificar la libertad de cargas o los gravámenes de esa aeronave. Para éstas, el artículo 190 declara de aplicación supletoria lo regulado para los buques.

Estamos, finalmente, ante otras presunciones propias del principio de legitimación. Así en el artículo 181 del Reglamento Provisional de 1919 se establece que el inscrito como dueño del buque tendrá los derechos del poseedor de buena fe. Si no tiene la posesión, puede reclamarla por los procedimientos sumarios. Lo mismo prescribe el Reglamento de 1956 en el artículo 186, apartado 2. Se indica que ese propietario inscrito tendrá los derechos del dueño; y la referencia para adquirir la posesión material que no tenga es a cualquiera de los procedimientos sumarios que las leyes establezcan.

Hay que decir que estas presunciones posesorias tienen sentido en un Registro Mercantil cuando se refiere a los buques, pues entonces lo es de cosas. Además la referencia a los procedimientos sumarios ya tenía justificación en 1919 cuando la reforma hipotecaria de 1909 había robustecido de forma trascendental los derechos del titular inscrito. Finalmente hay que decir que todo esto desaparece de los Reglamentos de 1989 y 1996 al excluirse los buques y aeronaves del Registro Mercantil.

XV. FE PÚBLICA EN SU VERTIENTE NEGATIVA

A) EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

Cuando vamos a entrar en el núcleo duro de la publicidad material, conviene recordar el planteamiento de GARRIGUES a la altura de 1936 sobre aquella. Para él, la inscripción en realidad favorece al comerciante y perjudica al tercero; en cambio la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante. Son dos facetas del amplio principio de publicidad: el efecto positivo y el efecto negativo.

Sin embargo, la doctrina tradicional hipotecaria cuando habla del principio de fe pública (tras haber tratado de la legitimación) es donde distingue una vertiente positiva y otra negativa de dicha fe pública. Con la aclaración de que ambas se refieren básicamente al tercero. Es cuando a la vertiente negativa, hoy se denomina legalmente oponibilidad o principio de oponibilidad. Vamos a respetar sin embargo la denominación tradicional; y así al empezar a tratar de la fe pública vamos a comenzar por la vertiente negativa, aunque se citen las normas actuales que hablan de oponibilidad.

En su formulación tradicional la fe pública en la vertiente negativa podía condensarse así: lo inscribible y no inscrito no perjudica a tercero. Pero veamos el desarrollo que este fundamental principio ha tenido en la legislación del Registro Mercantil.

Una embrionaria muestra del principio podemos hallarla en el artículo 27 del Código de Comercio de 1829. Así las escrituras dotales entre consortes que profesen el comercio, de que no se haya tomado razón en el Registro General de la provincia, serán ineficaces para obtener la prelación del crédito dotal, en concurrencia de otros acreedores de grado inferior.

En cambio en el Código actual ya hay afirmaciones más generales. Así en la Exposición de Motivos se afirma que se establece el principio general de que los actos inscritos producirán efecto legal en perjuicio de tercero, sólo desde la fecha de su inscripción. Queda a salvo la preferencia de determinados créditos según el Código de Comercio, aunque no se inscriban y la que gozan los inscritos en el Registro de la Propiedad. La Exposición de Motivos

añade que, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad, se proclama que las escrituras de sociedad y los poderes no inscritos no surtirán efecto en perjuicio de tercero.

Estamos aquí dentro del propio principio de fe pública en su faceta negativa porque, o se establece que lo no inscrito no perjudica a tercero, o se indica que ese efecto respecto a tercero es sólo desde la fecha de la inscripción del acto, lo que es tanto como decir que si no hay inscripción no hay efecto ni perjuicio.

Veamos ahora los preceptos concretos en que el Código de 1885 recogía este principio. En primer lugar, en el artículo 27 referido a las escrituras dotales y las relativas a los bienes parafernales de la esposa del comerciante. Se repite que si no se inscriben en el Registro Mercantil no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos. Añade el precepto una excepción sobre los inmuebles inscritos a favor de la mujer en el Registro de la Propiedad, de la que antes tratamos con el correspondiente comentario de ÁLVAREZ DEL MANZANO.

Para las escrituras de sociedad y los poderes la regulación de los artículos 24 y 29 es semejante. Si no se inscriben, surtirán efecto entre las partes, pero no perjudicarán a tercera persona, quien sin embargo podrá utilizarlas o aprovecharse de ellas en cuanto les fueran favorables.

Finalmente el artículo más importante es el 26. «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados».

Aquí, al darse preferencia al título inscrito frente a los no registrados (sean éstos anteriores o posteriores), puede verse una llamada al fundamental principio de prioridad. Pero también la proclamación de la fe pública negativa, pues lo no inscrito no es oponible a tercero.

ÁLVAREZ DEL MANZANO critica esta regulación del Código de 1885 desde el punto de vista sistemático. Al comentar el artículo 24 sobre las escrituras de sociedad no inscritas, indica que esa norma de no efectos frente a tercero es un caso especial del principio general de toda ley de Registro, que es el que consagra el artículo 26. Por tanto, dicho artículo 26 debió figurar en orden antes que el 24. Pues aquél representa la doctrina fundamental en materia de efectos de la inscripción. Acusa pues al Código de falta de método.

De otro lado, añade, el artículo 26, al proclamar los efectos frente a terceros sólo desde la fecha del registro, contiene el principio general en materia de inscripciones y debe ser considerado como fundamento de todos los que se refieran al Registro Mercantil, al modo que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria lo es de todos los del Registro de la Propiedad.

Hay que advertir que ese artículo 23 de la Ley Hipotecaria es el actual artículo 32 de la ley vigente. Por lo demás, también en la legislación hipo-

tecara en vigor al publicarse el Código de Comercio, había otro artículo, el 25, que proclamaba lo que el 26 de ese Código. Sin embargo y con razón, ÁLVAREZ DEL MANZANO se remite como artículo fundamental al 23 y no a ese 25 de la norma hipotecaria. Además se consideraba básico a ese artículo 23 (el de la fe pública en su vertiente negativa) porque en esos tiempos la Ley Hipotecaria no contenía un principio como el del actual artículo 34 que proclamara de forma tan clara como hoy la fe pública en su vertiente positiva.

El aspecto negativo del principio de fe pública donde se consagra de forma clara e indubitada es en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que tanto supuso en materia de principios registrales. El artículo 2, apartado 3, proclamaba: «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros». Con otras palabras, se está diciendo lo mismo que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente.

Esa redacción es la que cambia sustancialmente con la Ley de Reforma del Código, de 25 de julio de 1989. Ahora al asunto se dedica el artículo 21.

«1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los 15 días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuese favorable.

Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción».

Se ha transcrito ahora en su integridad tan fundamental precepto, aunque alguna de sus partes reciben comentario más adelante. Hay que decir que ese contenido pasó sin modificaciones a los artículos 9 del Reglamento de 1989 y al de 1996. Sólo que en ambos con una rúbrica que decía «oponibilidad».

Pero estamos ante el principio de fe pública en su vertiente negativa, aunque en el primer apartado de ese artículo 21 la redacción se dé en sentido positivo. Porque exactamente igual valdría el precepto si, adoptando el todo negativo del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, dijera que los actos no publicados en el *BORME* no serían oponibles a los terceros. Y por eso mismo, en vez de haber hablado de «oponibilidad» pudo haberse dicho «inoponibilidad».

B) ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES

Tras la exposición de la normativa legal hoy vigente, vamos a examinar algunos pronunciamientos de la doctrina en torno a esta materia. GARRIGUES indicaba que el hecho inscrito podrá oponerse a tercero. En cambio la no inscripción de un hecho descarga al tercero de la necesidad de conocerlo, librándolo de las consecuencias de su ignorancia. El hecho no inscrito se equipara frente a tercero a hecho no existente; este es el efecto negativo de la publicidad. Pero concluye que el artículo 26 del Código funde en su dicción unitaria los dos aspectos (el negativo y el positivo). De ahí se deduce que el documento no inscrito no perjudica a tercero. Que es la conclusión que años más tarde sacaría el Reglamento de 1956 en su artículo 2.

RODRIGO URÍA, en la primera edición de su Derecho Mercantil de 1958, tratando de esta publicidad material o de los efectos materiales o sustantivos de la publicidad, afirma también que el acto o contrato sujeto a inscripción pero no inscrito, se considera inexistente frente a tercero en tanto no se pruebe que lo conocía.

Pero en posteriores ediciones, cuando ya se ha producido la trascendental reforma de 1989, indica que aquel efecto o principio ha venido a quedar sustituido por el que puede llamarse principio de oponibilidad (el del art. 21). Añade que las modificaciones son importantes y que provienen del propósito del legislador de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe. De ahí que la oponibilidad frente a éste se retrasa hasta el momento de la publicación del acto en el *BORME*. Y de ahí también el régimen del apartado 3 de ese artículo 21, para el caso de discordancia de lo publicado. Son todas ventajas para el tercero, concluye.

Esto mismo es lo que apunta CHICO ORTIZ. Antes, la inscripción en el Registro Mercantil equivalía a la íntegra publicidad de los hechos mercantiles. Ahora sólo va a ser una fase del proceso de publicidad que se prolonga con la publicación en el *BORME*.

Lo propio destaca PABLO CASADO. Tras la reforma de 1989 hay un factor nuevo. El efecto negativo (lo no inscrito no perjudica) se hace depender de la publicación de los datos esenciales registrados en el nuevo *BORME*. Quedan a salvo, eso sí, los efectos de la inscripción. Ese retraso de efectos hasta el momento de la publicación es una muestra más de la protección a ultranza de los terceros preconizada por las directivas comunitarias. Lo mismo ocurre con la *vacatio* de los 15 días del apartado 2 del artículo 21 del Código. En definitiva, concluye, lo inscrito pero no publicado no es oponible a los terceros de buena fe.

Se ha dicho que el principio de fe pública supone dos presunciones: de exactitud e integridad del Registro. La primera se manifiesta sobre todo en la fe pública vertiente positiva y la segunda en su faceta negativa. Esto mismo

viene a afirmar PAZ ARES. La publicidad negativa (que es de la que ahora nos ocupamos) se funda en un tacere o callar del Registro; precisamente porque se basa en el silencio es un efecto negativo. Así se protege al tercero frente al riesgo de que el contenido del Registro no era íntegro.

Lo que ocurre es que tras la reforma de 1989 aparece un *BORME* de enorme trascendencia, porque los efectos negativos de la publicidad registral dependen de la publicación en dicho Boletín (los positivos derivan directamente de la inscripción).

Esta novedad de la relevancia de la publicación es un notable avance, dice PAZ, en la protección de los terceros de buena fe. Porque esa buena fe protegida necesita ahora de una publicidad más intensa para ser sorprendida. Dicho en otras palabras, se ha robustecido la posición del tercero porque en materia de publicidad negativa se exige lo máximo para destruir su ignorancia; y es que para destruir su buena fe se maximizan las cautelas, ya que es necesaria la publicación en el *BORME*.

C) REFERENCIA AL TERCERO

Como hemos mencionado al tercero, conviene recoger algunas opiniones sobre él. GARRIGUES, a tenor con su idea de que la inscripción favorecía al comerciante y perjudicaba al tercero, entendía que dicho tercero es toda persona distinta de la causante de la inscripción y a quien ésta perjudica (lo mismo que la favorecía la no inscripción). Sobre el artículo 29 del Código de Comercio en su redacción inicial y relativo a las escrituras de poder, menciona el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1901. Ese tercero no es cualquier persona que no haya intervenido en el contrato celebrado por un mandatario cuyo poder no se haya registrado, sino el que contrata con este mandatario en relación con el mismo y con su mandante.

Esas ideas no coinciden en general con la figura del tercero a que se refiere la fe pública en su vertiente negativa, que es más bien quien inscribe y al que no es oponible lo no inscrito. A su vez ÁLVAREZ DEL MANZANO para saber quién era el tercero, indicaba que había que remitirse al artículo 27 de la primitiva Ley Hipotecaria que definía tal figura. Lo era el que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.

Más adelante destaca dicho autor que, así como de la Ley Hipotecaria se ha dicho que es una ley de tercero, lo mismo puede decirse de los artículos que el Código de Comercio dedica al Registro Mercantil. Son preceptos a favor de terceros, buscan la publicidad y están inspirados en el interés público.

Requisito de ese tercero es la buena fe, la cual desaparece con el conocimiento. No se ajusta exactamente a esto ÁLVAREZ DEL MANZANO, pues que para él no puede perjudicar a un tercero lo no inscrito en el Registro Mercan-

til, aunque en realidad lo conociese. Bien es verdad que este requisito de buena fe no aparece expresamente en la legislación hipotecaria hasta la reforma de 1944-1946.

En cambio con la reforma del Código de 1989, la mención de la buena fe es expresa. La recoge el artículo 20 en el final de su apartado 2. Y en cuanto al artículo 21, que antes transcribimos, prácticamente sus cuatro apartados tienen que ver con ese requisito. Es más, en el apartado 4, al hablar de que la buena fe del tercero se presume, viene a indicar, *a sensu contrario*, cuál es el conocimiento que destruye esa buena fe. Y desde luego entra el conocimiento de lo no inscrito.

Ahora bien, a este apartado 4 del artículo 21 puede objetarse una consideración de sistemática. Y es que, si el requisito de buena fe vale tanto para la vertiente positiva, recogida en el artículo 20, como para la negativa, a que se refiere el artículo 21, en realidad esa presunción tenía que haberse ubicado de forma que permitiera apreciar más claramente que se refiere a ambos artículos. O bien en artículo independiente, o si acaso en el artículo (el 20) en que por primera vez se hablaba de buena fe.

Si lo inscribible y no inscrito no perjudica al tercero, es claro que sí ocurre ello si de ese título o documento se tomó razón. Y entendía ÁLVAREZ DEL MANZANO que lo inscrito no puede dejar de perjudicar al tercero aunque por caso de fuerza mayor hubiera imposibilidad de que llegase a su conocimiento.

Más flexible se mostraba GARRIGUES. Para él, cuando el tercero no haya podido materialmente conocer el Registro, es equitativo que no se produzca el efecto positivo de la publicidad, si ese tercero demuestra que su ignorancia se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

Hoy día el único resto de esta flexibilidad es el que contiene el apartado 2 del artículo 21 del Código. Esto es, las operaciones realizadas dentro de los 15 días siguientes a la publicación en el *BORME* de los actos, cuando el tercero prueba que no pudo conocerlos.

Lo anterior hay que entenderlo sin perjuicio de lo que el artículo 955 del Código de Comercio previene sobre suspensión de los plazos señalados en él cuando el Gobierno la declara en los casos de guerra, revolución o epidemia. Porque esa suspensión podría afectar a ciertas plazas donde quedara inoperante la publicidad del Registro Mercantil y de su boletín.

D) UNA INTERESANTE SENTENCIA

Porque hoy la publicidad depende no sólo del Registro Mercantil sino también del *BORME*, es por lo que PABLO CASADO hablaba de distintos órganos que forman un conjunto armónico que es el que puede producir la

eficacia registral plena. Y así, cuando define al Registro Mercantil como medio técnico para lograr la publicidad legal de personas y hechos del ámbito empresarial, expone que ello se logra mediante diferentes actuaciones asentadas en libros y en publicaciones de carácter oficial. Con lo que incluye el *BORME*.

Una manifestación jurisprudencial de este principio de oponibilidad la tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 (RA 1858) con ponencia de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. Indica que antes de la reforma de 1989 regía el principio de publicidad material; en virtud de él se partía de la presunción de que el acto o contrato inscrito era conocido de todos; y no producía efecto frente a tercero el acto inscribible no inscrito, salvo que se pruebe que aquél conocía su existencia.

Pero estos planteamientos similares a los del Registro de la Propiedad han cambiado con nuestro acercamiento a la legislación europea. Ahora rige el principio de oponibilidad, con el propósito de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe. Conforme a aquel principio, deja de ser determinante el dato de la inscripción y prevalece la publicidad a través de un periódico de difusión extrarregistral.

Se invoca el apartado 2 del artículo 21 del Código de Comercio, sobre operaciones realizadas dentro de los 15 días tras la publicación, como ilustrativo del nuevo sistema, pues en beneficio del tercero de buena fe permite que prevalezca su ignorancia bien intencionada frente a un explícito contenido registral. Asimismo el apartado 4 de aquel artículo sobre presunción de la buena fe, demuestra el gran espectro que se atribuye a aquélla. Así como hasta 1989 se presumía que todo el mundo conocía el contenido del Registro, desde la reforma, para destruir la buena fe del tercero hay que demostrar que conocía el acto inscrito y no publicado. Hay un desplazamiento de la carga de la prueba.

Como en el caso de autos se trataba de relación con un representante de una sociedad anónima, se afirma que la doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en un contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. Se protege pues la confianza en la apariencia. Y la nueva normativa del Registro Mercantil viene a consolidar una regulación ya decantada en el Código de Comercio en los preceptos referentes al factor. También invoca la sentencia expresamente el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

XVI. LA NO CONVALIDACIÓN DE LO NULO

Como un paso entre el principio de legitimación y el de fe pública, la normativa hipotecaria introduce el importante artículo 33 de la Ley. Ya vimos

que con la primera redacción del Código de Comercio el principio de que lo no inscrito no podrá perjudicar a tercero cabía deducirlo del artículo 26 del mismo. A su vez, lo inscrito sí producía tal perjuicio. Pero ÁLVAREZ DEL MANZANO se preguntaba si tal precepto tenía alguna excepción.

Y afirmaba que ella se daba cuando el dato inscrito fuera falso. Entonces no debía perjudicar al tercero desde la fecha de la inscripción, antes bien dicho tercero podrá pedir que se anule el dato y se cancele la inscripción. Porque contra los datos inscritos en el Registro Mercantil cabe presentar prueba en contrario. Para esa impugnación se aplicarían supletoriamente las normas del Registro de la Propiedad.

En concreto analiza tal autor el caso de inscribirse una reducción de capital con infracción de normas legales. Menciona al efecto el artículo 4 del Código Civil sobre nulidad de los actos realizados contra ley y el artículo 33 de la Ley Hipotecaria sobre no convalidación de los actos nulos por el hecho de inscribirse. A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 1888, había sentado que la inscripción no es por sí título de derecho, sino corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad. Por tanto, la inscripción de actos nulos será nula; no producirá efecto alguno; y no se le aplicará el artículo 26 del Código de Comercio, una vez declarada la nulidad.

El principio de no convalidación lo recoge el Reglamento del Registro Mercantil de 1956 en el artículo 3, donde se regulaba el de legitimación y el de fe pública. Entre ambos y como comienzo del apartado 2, se dice: «La inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a la ley».

En los Reglamentos de 1989 y 1996 esa norma pasa al artículo 7 dedicado a la legitimación. Tras la proclamación de ésta en el apartado 1 (tanto en la presunción de validez como en la salvaguarda de los tribunales), el apartado 2 concluye: «la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Esta redacción es la que había dado el artículo 20, apartado 2, del Código de Comercio en la reforma de 1989. Por cierto que con ésta, dicho artículo 20 también se ocupaba del principio de fe pública.

Podía plantearse si desde el punto de vista sistemático era más correcta una u otra postura. Ciertamente el que la inscripción no convalide lo que es nulo no deja de ser una corroboración de que la presunción de validez que el Registro otorga es meramente *iuris tantum*, pues admite la solución en contrario. Pero a su vez durante mucho tiempo el típico principio de fe pública se ha visto como una excepción, y lo es, a esa no convalidación de lo nulo. De ahí que la legislación hipotecaria tradicionalmente ha destacado al artículo 33 como un precepto autónomo. Tal vez ello hubiese sido lo más propio en la legislación del Registro Mercantil.

Una en cierta forma excepción al principio de no convalidación es la que aparecía como último párrafo del artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Tras proclamar la no convalidación y el efecto de la fe

pública, se concluía: «la nulidad no podrá ser declarada cuando su causa haya desaparecido en virtud de nueva inscripción». Curiosamente en la normativa posterior de 1989 y 1996 desaparece tal precepto.

Tal vez la norma semejante que puede encontrarse en nuestra legislación lo es el apartado 3 del artículo 115 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas sobre impugnación de acuerdos sociales. «No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro». Pero no hay que olvidar que tal artículo se muestra favorable a que se subsane el defecto motivo de la impugnación.

En realidad la supresión en el Registro Mercantil de aquel precepto de 1956 no es demasiado sensible. Porque si verdaderamente la causa de nulidad había desaparecido válidamente, no habrá por qué impugnar. Pero el mero hecho de practicarse una nueva inscripción no podía inmunizar al asiento anterior. Porque si la nulidad persistía, igual que se anulaba una inscripción podían dejarse sin efecto dos o más. En definitiva, una norma reglamentaria no podía excepcionar el principio de no convalidación de lo nulo que tiene rango legal.

XVII. UNA REFERENCIA A LA LLAMADA PUBLICIDAD POSITIVA

Tras haber analizado la fe pública en su vertiente negativa, hay que abordar, finalmente, ese mismo principio en su faceta positiva, la que podría encerrarse en el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria.

Pero como ha sido tradicional en la doctrina mercantil hablar de publicidad positiva en otro sentido, a éste hemos de referirnos previamente. El maestro GARRIGUES, sobre este efecto positivo de la publicidad, mantenía en 1936 que éste en realidad perjudica siempre al tercero. Aun cuando dicho tercero parece que sea favorecido por poder invocar la existencia de algo inscrito, en el fondo tal inscripción no añade nada a la posición ya favorable del tercero. A éste sólo le favorece la falta de inscripción.

PAZ ARES habla de publicidad positiva, pero en términos que no coinciden con los que suele utilizar esa doctrina mercantilista, que se refiere en realidad a la oponibilidad. Si él le ha dado un sentido nuevo al término no es, dice, por ganas de confundir, sino por necesidades constructivas. Las deficiencias de desarrollo de la doctrina tradicional se debían en buena parte a la reducción, un tanto antihipotecarista, del principio de fe pública (en su vertiente positiva). Pues la admisión de éste siempre ha resultado harto discutible. Lo cual es cierto, como después veremos.

La publicidad positiva de que hablaban los mercantilistas, dice PAZ ARES, no puede situarse en el mismo plano que la inoponibilidad. En realidad la oponibilidad no es más que el reverso de la publicidad negativa y no puede

catalogarse de efecto propio del Registro; y ello porque sólo opera cuando la realidad extrarregistral coincide con la registral. Por tanto, debe entenderse que el efecto lo produce la realidad y no el registro. Hasta tal punto es así que si el contenido del Registro es inexacto, dicho contenido, debidamente publicado en el boletín, no es oponible a terceros.

Cuando PAZ ARES afirma que la oponibilidad es el reverso de la publicidad negativa, corrobora el sistema clásico que hemos seguido, o sea, hablar de la vertiente negativa del principio de fe pública, aunque el texto legal diga hoy oponibilidad. Y en cuanto a que se dé un registro inexacto, esto no impide que en principio juegue la legitimación registral, en tanto no se declare tal inexactitud. Y puede jugar la fe pública positiva cuando en el tercero se den los requisitos legales; y por supuesto, a favor de éste.

XVIII. FE PÚBLICA EN SU VERTIENTE POSITIVA

Expuestas ya estas referencias a la denominada por los mercantilistas publicidad positiva o efecto positivo de la misma, es hora de entrar ya en la propia vertiente positiva de la fe pública: y antes de analizar su formulación en el derecho actual, veamos algún atisbo en la legislación precedente y algunas dudas suscitadas en la doctrina de las que se había hecho eco PAZ ARES.

A) ATISBOS EN LA NORMATIVA CODIFICADA

En cuanto a lo primero, la Exposición de Motivos del Código de 1885 anuncia lo que luego es el artículo 26 de dicho texto y que tan importante resultaba para la doctrina que lo comentó. Decía así tal artículo:

«Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados».

Lo importante a destacar ahora estaba en la última frase, en el sentido de que lo inscrito no podría invalidarse por lo no inscrito. *A sensu contrario*, sí por lo que se hubiera registrado. Es curioso que esa norma desaparecía en la reforma de 1989 y tampoco figuraba en el importante Reglamento del Registro Mercantil de 1956. Sin embargo algún precedente tenía.

Para buscarlo hay que llegar a la primera legislación hipotecaria y a las formulaciones que en ella se daban del principio de fe pública en su vertiente positiva.

Concretamente en la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 34 proclamaba en su apartado 1 que los actos inscritos no se invalidarían en cuanto a tercero por títulos anteriores no inscritos (menos aún, claro es, por títulos posteriores no registrados). En el apartado 2 sacaba la conclusión opuesta: «Sólo por título inscrito podrá invalidarse contra tercero otro posterior inscrito». Esto último, en definitiva, suponía un riesgo latente para los asientos registrales.

Por ello, en la Ley Hipotecaria de 1869 y en la de Reforma de 17 de julio de 1877, el artículo 34 sufrió ciertas modificaciones. Se mantiene el que lo inscrito no puede invalidarse por títulos anteriores no inscritos. Pero aquel primitivo apartado 2 se retoca. Ahora tampoco cabía la invalidación en virtud de título anteriormente inscrito si el titular registral hace las notificaciones previstas en dicho artículo y los poseedores de esos bienes en los veinte años anteriores no hubieran presentado la oportuna reclamación.

Éste era un procedimiento un tanto complejo para hacer jugar la fe pública en la vertiente positiva. La doctrina hipotecaria censuró ese sistema y en tal sentido las afirmaciones de MORELL Y TERRY y de ROCA SASTRE. De hecho, el sistema de notificaciones a esos titulares anteriores fue poco utilizado en la práctica.

El procedimiento de tales notificaciones subsistió hasta la nueva Ley Hipotecaria de 1944-46. En ésta el artículo 34 recibió nueva redacción y ahora el juego de la fe pública se daba a favor del tercero con tal que éste reuniera los cuatro requisitos previstos en la norma. Pero a su vez y si faltaban tales requisitos, el acto inscrito podía anularse con independencia de que el título esgrimido estuviera o no inscrito; porque entonces entraba en juego el principio general de que la inscripción no convalidaba la nulidad del acto. Por esta razón, en la reforma del Código de Comercio en 1989 desapareció también aquel peculiar artículo 26 en la redacción de 1885.

Curiosamente queda sin embargo en nuestra legislación un residuo del criterio que mantenía dicho artículo 26. Nos referimos al artículo 1949 del Código Civil en sede de usucapión: «contra ese título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio del tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito». No valdría, por tanto, el título no inscrito.

La mayoría de la doctrina hipotecarista entiende que este precepto está hoy superado por los artículos 35 y 36 de la actual Ley Hipotecaria, que regulan de nueva planta el espinoso tema de las relaciones entre la usucapión y el Registro. Pero JOSÉ MANUEL GARCÍA aun defiende, al comentar el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que aquel artículo 1949 sigue vigente y que a su luz hay que interpretar el indicado de la Ley Hipotecaria. No corresponde aquí entrar a fondo en este debate, pues en definitiva en el Registro Mercantil no hay ahora ningún precepto semejante a aquel viejo artículo 26 del Código de Comercio.

B) ALGUNAS DUDAS DOCTRINALES

Antes de pasar a la formulación actual del principio de fe pública en su faceta positiva, hemos de aludir también a ciertas dudas doctrinales. Afirma PABLO CASADO que aquel principio proclamado en la Ley de 1989 representa una presunción de veracidad *iuris et de iure*. Pero su aplicación no había sido comúnmente aceptada. Algunos autores pensaban que aquel efecto sólo se daba en determinados casos. Pero para él la fe pública en la vertiente positiva es aplicable a cualquier relación obligatoria, y trae numerosos ejemplos de ello.

Expresión clarísima de aquellas dudas doctrinales era la opinión del maestro GARRIGUES a la altura de 1936. Para él, ningún tercero podrá afirmar que el hecho inscrito es exacto sólo por la circunstancia de estar inscrito. No hay pues fe pública. Ningún tercero de buena fe está obligado a considerar como exacto un hecho inexacto por la sola circunstancia de estar inscrito en el Registro Mercantil. Y la opinión vulgar que piensa lo contrario está totalmente equivocada.

Pero en realidad, desde un punto de vista equitativo sí debía producirse este efecto de la fe pública, porque tendrá la garantía de la calificación del Registrador. Y es que implica cierta contradicción que el tercero no pueda confiarse en la veracidad de los hechos inscritos.

Si acaso una manifestación del principio de fe pública en nuestro Derecho está en el párrafo 5 del artículo 126 del Código de Comercio; esto es, en la responsabilidad de quien, no siendo socio, incluye su nombre en la razón social de la compañía.

Hasta aquí GARRIGUES. Ciertamente lo que él propugnaba como equitativo es lo que se ha convertido en realidad legal. De otro lado, el tercero no es que estuviera obligado a pasar por lo que el Registro publicara, sino que podía confiarse en éste, si actuaba de buena fe. El matiz era importante.

C) PROCLAMACIÓN NORMATIVA

Y vamos ya a la proclamación de la fe pública en nuestro Registro Mercantil. La pauta la marcó una vez más el Reglamento de 1956. En su artículo 3, tras sentar el principio de legitimación y el de no convalidación, añadía: «la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido del Registro».

Esa proclamación pasó al artículo 20 del Código de Comercio con la reforma de 1989 y también tras enunciar aquellos otros dos principios. Sólo que ahora, al referirse a los derechos de los terceros, terminaba diciendo: «adquiridos conforme a derecho». Se había perdido en precisión respecto al Reglamento de 1956.

Esto lo subsanaron los Reglamentos de 1989 y 1996 que dedican el artículo 8 al principio de fe pública. Bajo la rúbrica de fe pública, se establece ahora en el primer párrafo que aquella declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho. Pero en el párrafo 2 de ese artículo 8 se aclara adecuadamente: «Se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro».

Quizá la compendiosa redacción del texto de 1956 era preferible. Aunque sólo sea por esa poco eufórica repetición de vocablos que se da en el actual reglamento y concretamente en el segundo párrafo que es el añadido.

D) POSTURA DE LA DOCTRINA ANTE LA REFORMA DE 1989

Para RODRIGO URÍA esta declaración legal de protección del tercero acaso pudiera verse como la manifestación de un principio de fe pública, susceptible de ser considerado distinto del principio de legitimación. De ahí que el artículo 8 del Reglamento reprodujera esa norma bajo la rúbrica de fe pública y le añadiera otro párrafo. Es interesante como en estas frases de tal autor late aún una cierta reticencia sobre la plena admisión en el Registro Mercantil de este aspecto o vertiente positiva de la fe pública.

Sobre ella es importante la aportación de PAZ ARES al comentar el nuevo régimen del Registro Mercantil. Indica que, frente a lo que está siendo la opinión común, el aspecto positivo de la publicidad, que experimenta un notable reforzamiento con la reforma de 1989, no sufre modificación alguna en su régimen. (Esto podíamos referirlo a lo que ya había establecido el Reglamento de 1956.)

La publicidad positiva determina que los hechos inscritos, tal y como están inscritos, puedan ser hechos valer por terceros de buena fe. Dicho de otra manera, la inexactitud o invalidez del Registro no es oponible a los terceros de buena fe que confiaron en el contenido del Registro. En este punto no hay cambio alguno. (Volvemos a decir que eso lo establecía el art. 3 del Reglamento de 1956.)

El efecto positivo de la publicidad sigue pues vinculado a la inscripción y no a la publicación en el *BORME* (así se infiere del artículo 20.2 del Código de Comercio y sobre todo del artículo 8 del Reglamento del Registro Mercantil que lo interpreta). Puede, pues, afirmarse que se ha robustecido la posición del tercero, puesto que en materia de publicidad positiva se exige lo mínimo para proteger su confianza. En definitiva, se minimizan las cautelas necesarias para fundar la apariencia, pues basta la inscripción en el Registro. Reitera

PAZ ARES que este término de publicidad positiva es distinto de la oponibilidad, como antes se apuntó.

En cuanto al fundamento de ese efecto, lo expone así. Si el contenido del Registro Mercantil se presume exacto, la publicidad positiva se funda en el *decire falsus* del Registro y protege al tercero frente al riesgo de inexactitud de los asientos registrales. Y porque se funda en el decir del Registro, es por lo que este efecto de la publicidad es positivo. Concluye PAZ ARES en el sentido de que ante el contenido inexacto del Registro, ese contenido es invocable por los terceros si les resulta favorable (arts. 20.2 y 21.3 del Código de Comercio y 8 y 9.3 del Reglamento del Registro Mercantil). El calificativo de positivo de este efecto coincide con la terminología tradicional, que siempre en Derecho Hipotecario habría hablado de la vertiente positiva del principio de fe pública (la del art. 34 de la Ley Hipotecaria).

La postura de PABLO CASADO la hemos reflejado antes al tratar de otros principios. Se ha pasado de un registro único y territorial a un conjunto de órganos que articulados de forma armónica producen la eficacia registral plena. Da por tanto una nueva definición del Registro Mercantil en la que destaca las distintas actuaciones, libros y publicaciones que son las que han de conseguir la seguridad jurídica y del tráfico.

Pone de relieve ese autor cómo la oponibilidad se traslada ahora a la publicación de los datos esenciales en el *BORME*, quedando, eso sí, a salvo los efectos propios de la inscripción. Porque se mantienen estos efectos, pero hay que conjugarlo con los efectos dimanantes de aquella publicación en el *BORME*.

E) SE APUNTAN ALGUNAS CRÍTICAS

Antes de comenzar a expresar posturas que son francamente críticas con la reforma, vamos a anotar algunas dudas de los que la han visto como claramente favorable. Así PAZ ARES apuntó que puede darse un período de incertidumbre para el interesado, que va desde que el acto se inscribe en el Registro Mercantil hasta que se publica. Pero como esta publicación del *BORME* es de carácter diario, hay que esperar que aquel período de duda sea lo más breve posible.

De otro lado, cuando indicaba que el efecto positivo de la publicidad (la verdadera fe pública) sigue vinculado a la inscripción, tiene que añadir una salvedad. Sólo en un caso de importancia marginal, el efecto positivo se vincula a la publicación, y es justamente cuando existe discrepancia entre lo inscrito y lo publicado (art. 21.3 del Código de Comercio y art. 9.3 del Reglamento del Registro Mercantil). En dicha hipótesis al tercero que haya confiado en lo publicado no puede oponérsele el contenido de lo inscrito.

Las dificultades del nuevo sistema las apunta de mano maestra CHICO ORTIZ. Para él es difícil coordinar los principios de legitimación y fe pública con el artículo 21 del Código de Comercio, donde se establece la oponibilidad y frente a terceros de los actos sujetos a inscripción sin apoyo en la integridad registral y sí en la publicación del *BORME*. Se desconfía de la fuerza publicitaria del Registro y se traslada toda su eficacia a los datos de aquel boletín. Ello no deja de ser un serio atentado al principio de publicidad, aunque impuesto por el deseo de armonización con lo comunitario.

Esa eficacia extraordinaria del boletín choca con la dicción legal del artículo 17, apartado 3, del Código de Comercio, que conceptúa al Registro Mercantil Central como de carácter meramente informativo. Y ello porque, al incluirse los datos de tal Registro en el *BORME* que él publica, lo convierte en decisivo y superior al contenido del Registro Mercantil, ya que el tercero puede acogerse a lo publicado si le es favorable.

También choca aquella eficacia del boletín con el pronunciamiento del artículo 21 del Código, que deja a salvo los efectos propios de la inscripción. Porque si todos los actos sujetos a inscripción han de ser publicados, el efecto sustancial de tal inscripción se da cuando aparece la figura del tercero; y es entonces cuando se pone a prueba la eficacia de la publicidad.

Concluye pues CHICO ORTIZ que tras la reforma, cabe la buena fe contra los pronunciamientos del Registro. Es, dice, como si a la posesión le diéramos preferencia sobre la inscripción. Lo cual no se concibe en un sistema registral. Más adelante volveremos sobre esto.

XIX. EXCURSO TERMINOLÓGICO

Antes de exponer la personal opinión sobre el asunto indicado, vamos a realizar determinadas consideraciones relativas a la terminología, concretamente a la de los principios registrales. De entrada, resulta un tanto chocante que el Reglamento de 1996, al igual que el de 1989, al introducir los distintos artículos en que se reflejan los principios registrales, pone en la rúbrica o título de ellos la denominación específica de aquél, pero omitiendo delante la palabra principio. Podría decirse que el incluirlo representaría una decisión de tono doctrinal o dogmático. Pero si el principio se consagra de manera clara, no se ve inconveniente en haberlo denominado así de forma completa.

Con relación a los principios de tracto sucesivo y prioridad, exponíamos en su momento las dudas que le suscitaban a PABLO CASADO dentro del Registro Mercantil. En cuanto al primero, él afirmaba que resultaría preferible hablar de coherencia a congruencia, exigible sólo en ciertos casos. Y en cuanto al segundo, también lo estima poco necesario; el documento retrasado en llegar al Registro Mercantil ya sería rechazable por su incon-

gruencia con la situación previamente registrada; por lo que bastaría hablar de coherencia.

Que el juego del tracto sucesivo y también el de la prioridad tengan una base en la coherencia no puede dudarse. Que una cosa deba encadenarse con otra o que en caso de duda la prioridad en el tiempo tenga una ventaja, son ciertamente conclusiones lógicas y coherentes. Y aun en general todo el sistema registral se apoya en bases de congruencia y lógica. Pero esto no debe llevar a prescindir de aquellos típicos principios registrales. Porque con mayor o menor extensión el tracto sucesivo y la prioridad se dan también en el Registro Mercantil; y no se ve inconveniente en que se conserve el nombre que siempre han tenido.

Cuando se llega al gran principio de publicidad, aquí hemos distinguido en la línea de ROCA SASTRE, una publicidad formal (carácter público del Registro Mercantil), una legal (presunción de su conocimiento), y una material o de efectos. Dentro de esta última habría que distinguir entre el principio de legitimación (con su presunción *iuris tantum*) y el de fe pública (con presunción *iuris et de iure*). Finalmente en la fe pública cabía subdistinguir la vertiente negativa (lo no inscrito no es oponible) y la vertiente positiva (protección al tercero que confió en el registro, aunque fuera inexacto).

Se ha dicho en otro lugar que aquella vertiente negativa no dejaba de serlo aunque la redacción se hiciera en positivo (lo inscrito sí es oponible a tercero). De hecho, el artículo 21 del Código de Comercio podía redactarse en esos términos negativos (al igual que el art. 32 de la Ley Hipotecaria), en el sentido de que lo no inscrito (o incluso lo no publicado en el *BORME*) no es oponible al tercero de buena fe. Por eso podía decir con razón PAZ ARES que la oponibilidad no es más que el reverso de la publicidad negativa.

También en el principio de fe pública, en su vertiente positiva, hay alguna sugerencia terminológica. Así PAZ ARES habla de invocabilidad. Afirma, en efecto, que si el contenido del Registro es inexacto (que es el presupuesto de aquel principio), dicho contenido resulta invocable por los terceros si les aparece favorable, conforme al artículo 20.2 y 21.3 del Código de Comercio. Este término de invocabilidad estaba sugerido por GARRIGUES cuando, al tratar de la publicidad, decía: «aun cuando el tercero parece que es favorecido por poder invocar la existencia de algo inscrito».

En este caso puede seguirse utilizando la terminología tradicional de fe pública en su vertiente positiva. Máxime cuando el Reglamento del Registro Mercantil, al exponerla en su articulado, lo hace bajo la rúbrica de «fe pública». Esto no quiere decir que en ese supuesto el tercero no «invoque» el contenido registral, aun siendo inexacto. Pero la palabra invocación es excesivamente genérica para denominar un principio registral. Es lo que antes decíamos de la expresión coherencia o congruencia.

XX. CRÍTICA CONCLUSIVA

A) ASPECTOS NEGATIVOS

Expuesto el contenido de nuestro Derecho Registral Mercantil al hilo de los principios, hay que decir desde el punto de vista crítico que se comparte cuanto antes transcribimos de la opinión de CHICO ORTIZ. En definitiva, al centrar el artículo 21 la eficacia de la publicidad en el *BORME* (puesto que lo no publicado allí no es oponible a tercero), quedan menoscabados los principios de legitimación y fe pública. Se desconfía de la fuerza probatoria del Registro y cabe la buena fe contra los pronunciamientos expresos de éste.

Por ello, con toda razón AURELIO MENÉNDEZ, cuando alude a que en la preparación de la reforma de 1989 se mantenía el tradicional sistema de nuestro Registro Mercantil para las sociedades personalistas (y el de la publicación en el boletín sólo para las de capital), afirma que así era porque se creía que era superior el sistema de inscripción. Incluso, añade, el procedimiento de la publicación (que fue el después adoptado) había despertado reparos en Francia e Italia.

Desde luego con el nuevo sistema y en concreto el artículo 21 del Código de Comercio, el principio de fe pública queda prácticamente desconocido con relación a los asientos del Registro Mercantil. En la vertiente negativa ocurre por definición, ya que lo oponible a tercero no es lo inscrito sino lo publicado. Y la vertiente positiva resulta seriamente menoscabada, porque en caso de divergencia puede prevalecer lo publicado sobre lo inscrito. Claro es que también desaparece el que hemos llamado principio de publicidad legal, ya que la inscripción no supone conocimiento.

Y nada digamos del principio de legitimación registral, como también apuntaba CHICO. De poco vale que el artículo 20 del Código de Comercio en su apartado 1 comience diciendo que el contenido del Registro se presume exacto. Porque ello será en tanto el boletín no publique otra cosa distinta, que es la que habrá de prevalecer cuando interese al tercero.

Asimismo cuando el mencionado apartado continúa diciendo que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud, está afirmando algo que no responde a la realidad. Porque aquellos asientos dejarán de tener efecto si el boletín por error publica otra cosa distinta que interese al tercero. En tal caso, sin garantía ninguna de intervención judicial y por el mero hecho de aquella discrepancia, el Registro quedaría inoperante.

Hay que tener en cuenta, y esto valdrá también para lo que después se dirá, que lo que consta en el Registro es el dato original y además por extenso o íntegro, mientras que lo publicado en el *BORME* es una derivación o secuela de aquel original y además en resumen o extracto. Que en caso de discre-

pancia pueda prevalecer esto segundo es algo que se aparta abiertamente de toda solución precedente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo ya dicho, el añadido al apartado 1 del artículo 21 del Código de Comercio (que era el realmente grave) en el sentido de que «quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», no deja de ser una declaración platónica y a modo de premio de consolación. Estamos peor que en 1936 cuando GARRIGUES afirmaba que la presunción de legalidad del hecho inscrito se daba por el valor que había que atribuir al documento público que la causó, ya que en los demás casos lo que existía era una presunción de legalidad sólo de la propia inscripción.

Una inscripción que no vale cuando el sistema la pone a prueba es algo que se acerca a lo inoperante. Es como si un salvavidas que ha de llevar el marinero fuera eficaz en todo momento, menos cuando por haber ocurrido un naufragio verdaderamente resultara necesario.

PAZ ARES, cuando se enfrenta al artículo 21, apartado 3, del Código de Comercio que da preferencia a lo publicado, indica que es un caso de importancia marginal. Pero ciertamente en ese caso clave, el Registro queda totalmente en entredicho. Porque también cuando en la Ley Hipotecaria el artículo 34 protege al tercero que confió en el Registro, aunque éste fuera inexacto, estamos ante un supuesto que igualmente es anormal. Afortunadamente lo normal es que no haya esas inexactitudes ante las que tenga que jugar aquel artículo 34. Pero si en esos supuestos marginales el precepto no cumpliera con su cometido, bien podríamos borrarlo de la Ley Hipotecaria. Cuando la norma se pone en tensión es cuando ha de demostrar su eficacia. De no ser así, para nada vale. Porque cuando hay plena normalidad las prevenciones suelen estar de más.

De otro lado, el sistema instaurado en 1989 y defendido por PAZ ARES no deja de tener un dualismo en cierto modo contradictorio. Para los casos normales juega la inscripción y ésta produce sus efectos; pero cuando aparece lo anormal, residual o patológico, entonces hay que acudir a lo publicado, que es dar entrada a un sistema bien distinto.

Si el dejar a salvo los efectos de la inscripción decíamos que era una frase de corte platónico, ese resarcir al perjudicado en caso de discordancia que proclama el último párrafo del apartado 3 del artículo 21, viene a resultar como una especie de sarcasmo.

Desde luego que ese damnificado sobre la indemnización parece que puede asegurarse. Porque si hubo error en lo publicado respecto al original que constaba en el Registro Mercantil, ello puede deberse al registrador territorial que envió mal el resumen, al Registro Mercantil Central o al boletín que lo publicó. Y en los tres casos el responsable será lo suficientemente solvente como para que se indemnice al perjudicado.

Pero este perjudicado puede ser quien confió en el Registro (que además era correcto), frente al favorecido que puso su confianza en el boletín (que

podía ser inexacto). Indemnizar en tal caso a quien se atuvo exactamente a lo inscrito sería tanto como renegar de un sistema registral avanzado y sustituirlo por otro basado en el seguro. Todavía resultaría admisible que en esos casos de divergencia se indemnizara al que confió en lo publicado (que había resultado incorrecto y diferente respecto a lo inscrito). Pero dar preferencia a la publicación es tanto como si en los supuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se concediera protección al verdadero titular que no inscribió y en cambio se indemnizara al tercero que confió en el Registro de la Propiedad y cumplía todos los requisitos de aquel artículo 34.

B) REFERENCIA COMUNITARIA

El sistema adoptado en 1989 lo fue por inspiración del derecho comunitario. Concretamente la Directiva Primera del Consejo en materia de sociedades de 9 de marzo de 1968. En cuanto a la publicidad de determinados actos y datos (entre ellos la identidad de los administradores) la finalidad buscada era la protección de los intereses de terceros.

Luego en el artículo 3, que era el fundamental, permitía que todos los datos sometidos a publicidad se transcribieran en un Registro (Mercantil o de Sociedades). Información de él podía obtenerse por correspondencia. Se alude a una publicación en la que cabía una mención que indicara que el documento se había transcrito en el Registro. La publicación se haría en un boletín nacional.

Lo hasta aquí dicho podía haber sido compatible con nuestro sistema tradicional del Registro Mercantil y con el añadido de un boletín con fines informativos. La dificultad venía porque en los apartados 5 y 6 de ese artículo 3 de la Directiva se establecía que la oponibilidad a tercero se daba con la publicación y que en caso de discordancia el tercero podía acogerse a lo publicado.

La pregunta que surge es si el Estado Español estaba obligado a transcribir literalmente esos apartados 5 y 6 (como casi se ha hecho) o si, al tratarse de una directiva, a lo que estaba obligado es a aquella finalidad de una adecuada publicidad para proteger los intereses de terceros. En la Directiva se hablaba reiteradamente de transcripción en el Registro, cuando nuestro sistema no es propiamente ese sino el de inscripción. Y éste cumple perfectamente con aquella función de protección de los terceros.

Lo cumple aun más si se facilita el dar la publicidad pedida por correspondencia o si se entra en las consultas por ordenador de que habla nuestro último Reglamento. De hecho el acceso al Registro Mercantil cada vez se ha facilitado más. De telemática habla la Ley de 27 de diciembre de 2001. No creemos que sea ello mucho más incómodo que el tener que estar suscrito al

BORME y consultar diariamente sus páginas por si en alguna de ellas aparece algo relativo a la sociedad con la que vamos a relacionarnos.

Se optó por la imitación prácticamente servil. Y el resultado ha sido ese híbrido entre Registro y boletín cuyas inconsecuencias se han resaltado en estas últimas líneas. Afortunadamente esas divergencias y anomalías se darán pocas veces en la realidad. Porque, aparte la corrección que cabe presumir en los funcionarios encargados de la institución registral, tampoco ésta es tan dada a que surjan aquellos problemas.

Pero desde un punto de vista teórico y doctrinal, si la reforma quería seguir a ultranza el modelo comunitario, tenía que haber sido fiel y declarada hasta la última consecuencia en la redacción de los preceptos del Código. Y así en el artículo 20 se debería haber dicho que las páginas del *BORME* se presumían exactas y que las mismas estaban bajo la salvaguarda de los tribunales. También que la declaración de nulidad no perjudicaría los derechos de los terceros adquiridos conforme a lo publicado en el *BORME*. Y eliminar en el artículo 21, apartado 1, lo referente a los efectos propios de la inscripción. Porque en verdad lo que interesaba era el boletín.

No se ha dado ese paso y los preceptos del Código siguen acogiendo normas inspiradas en nuestro tradicional sistema registral en el que, como en hiriente remiendo, se han entremetido prescripciones basadas en el Derecho comunitario, donde muy posiblemente el Derecho Registral, salvo alguna excepción, no había tenido el mismo desenvolvimiento técnico que entre nosotros. El tiempo dirá si se acertó poco o mucho en tan peculiar injerto.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

DICTÁMENES Y NOTAS

La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil: criterios de reforma

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTADO CIVIL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL ESTADO CIVIL DEL TITULAR REGISTRAL.—III. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 51-9 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—V. LA INEXACTITUD REGISTRAL SOBREVENIDA.—VI. LA REPRESENTACIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VII. EL REGISTRO DE PODERES.—VIII. LA ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO.

I. INTRODUCCIÓN

En la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, se hacía la siguiente reflexión: *«Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es, además, necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el curso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente»*. Esta preocupación estaba plenamente justificada: como dice ROCA SASTRE, el que adquiere de un titular registral incapaz realizará una adquisición nula, cuya nulidad no será convalidada por la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad (art. 33 LH): solamente cuando el adquirente transmite, a su vez, la finca adquirida, quedará protegido el subadquirente frente a la nulidad anterior, siempre que reúna los requisitos establecidos por el artículo 34 LH.

Dada la inexistencia del Registro Civil en 1861, la respuesta del legislador hipotecario a este problema fue realmente muy limitada y consistió en permitir la inscripción de las resoluciones judiciales de incapacitación en el Registro de la Propiedad (art. 2-4.º LH), sin que, desde la creación del

Registro Civil se haya producido, prácticamente, coordinación alguna entre ambos Registros en materia de capacidad. Hoy, sin embargo, en marcha el proceso de informatización del Registro Civil y la perspectiva de la posibilidad de comunicación telemática entre ambos Registros, permite plantear el tema de su coordinación, con mayor amplitud que en 1861, con el objetivo de convertir el Registro de la Propiedad en un órgano de publicidad, no sólo de las resoluciones judiciales de incapacitación, sino de todas las modificaciones de la capacidad de obrar del titular registral derivados de su estado civil, así como de la verdadera titularidad, común o privativa, de los derechos inscritos, determinada por el régimen económico-matrimonial del adquirente.

II. ESTADO CIVIL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL ESTADO CIVIL DEL TITULAR REGISTRAL

1. Con base en el artículo 363 RRC (el estado de soltero, viudo o divorciado se acredita mediante la declaración jurada o afirmación solemne del propio interesado, sin que pueda exigirse otro medio de prueba), en el artículo 187 del Reglamento Notarial (las circunstancias de edad, estado, profesión o vecindad serán consignadas por el Notario autorizante por lo que resulte de la declaración del propio interesado), así como en el artículo 160 del Reglamento Notarial (las circunstancias de profesión y vecindad se expresarán por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes), se ha impuesto, en la práctica notarial, la constancia del estado civil en la escritura pública por mera declaración de los otorgantes. Este sistema, sancionado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 16-XI-94 y Circular de 16-XI-84) con el argumento, realmente insostenible, de que «*la prueba documental directa y apropiada del estado civil perturbaría el dinamismo del tráfico*», determina, sacrificando el principio de seguridad jurídica en aras de la rapidez del tráfico, que las circunstancias relativas al estado civil del transmitente y del adquirente previstas por el artículo 51-9.º RH consten, asimismo, por declaración en la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad y que incluso, en el caso de la vecindad civil pueda no constar en absoluto (art. 161 R. Not., art. 51-9 RH). Este sistema, meramente declarativo del estado civil, tiene las siguientes consecuencias:

- a) Produce la inexactitud de la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el estado civil declarado es distinto del que resulta de los asientos del Registro Civil, cuya inexactitud, cuando afecta a la capacidad de obrar del titular registral, puede ser calificada de «*sustancial*» y determinar, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 LH, la nulidad de la propia inscripción; y

- b) Determina, asimismo, la nulidad de la transmisión otorgada por el titular registral incapaz de obrar, aunque dicha incapacidad, derivada de su estado civil, no resulte del Registro de la Propiedad.

Tal sistema, además, resulta contrario a la regulación legal de la prueba del estado civil, establecido en el artículo 327 del Código Civil y artículo 2 LRC.

2. El sistema legal de prueba del estado civil.—Aunque la inscripción en el Registro Civil no es un requisito de validez del acto de adquisición o cambio del estado civil —salvo los casos de inscripción constitutiva previstos por el art. 23-c) del Código Civil, en materia de nacionalidad, y por el art. 198 RRC en materia de cambio de apellidos—, ni de eficacia de dicho acto (salvo los supuestos de inoponibilidad del acto no inscrito a tercero de buena fe previstos en los arts. 61, 89 y 318 del Código Civil, art. 70 LRC y, en general, como decía DE CASTRO, cuando la necesidad de inscripción deriva de disposición legal o de la naturaleza del acto), constituye, sin embargo, un medio de prueba privilegiado del estado civil (la inscripción sólo puede ser suplida por otros medios de prueba en los casos del art. 327 del Código Civil), e incluso (para aquellos autores que, en contra de lo expresado en la Exposición de Motivos de la LEC, sostienen la presunción de integridad del Registro Civil) un medio de prueba exclusivo. La certificación de la inscripción en el Registro Civil, como medio de prueba del estado civil, sólo puede ser suplida por otros medios de prueba (documento auténtico, sentencia firme o posesión de estado) en los supuestos del artículo 327 del Código Civil siempre que, además, en este caso se hubiese instado, previa o simultáneamente, la inscripción omitida en el Registro Civil (art. 2 LRC). Incluso en el caso de suscitarse contienda ante los Tribunales, dice DE CASTRO, la inscripción pierde su carácter privilegiado pero conserva, como prueba preconstituida, un valor peculiar: el de presunción *iuris tantum* del estado civil.

Como se desprende claramente de lo expuesto, es indudable la nulidad de pleno derecho del artículo 363 RRC, por vulnerar lo dispuesto en los artículos 327 del Código Civil y 2 LRC (art. 23.2 de la Ley del Gobierno, art. 62-2 de la LRJAP), siendo, en consecuencia, inaplicable (art. 6 de la Ley 6/85, de 1 de julio, respecto a la inaplicación por Jueces y Tribunales).

3. La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil permitirá, por lo tanto, la exigencia de la prueba del estado civil por el Registrador de la Propiedad, sin que ello suponga perturbación alguna del «*dinamismo del tráfico*», estableciendo un sistema de información en materia de estado civil, complementario del previsto por Real Decreto 2537/1994, de 29-XII, sobre colaboración entre Notarios y Registros de la Propiedad.

4. La prueba del estado civil se hará, una vez establecida la coordinación entre ambos Registros, en los términos siguientes:

- a) Prueba de la mayoría de edad y de la nacionalidad española, mediante el DNI, conforme a lo dispuesto por el Real Decreto 17-VII-1985, salvo prueba en contrario resultante del propio Registro Civil (parece aconsejable mantener este sistema en el ámbito del procedimiento registral, aunque DÍEZ DEL CORRAL haya sostenido la nulidad de pleno derecho de dicho Real Decreto por vulneración de los arts. 327 del Código Civil y 2 LRC).
- b) Prueba del estado de soltero mediante certificación de la inscripción de nacimiento sin nota de referencia a inscripción de matrimonio.
- c) Prueba del estado de viudez mediante certificación de la inscripción de matrimonio, con nota de referencia a la inscripción de defunción del otro cónyuge (DÍEZ FRAILE).
- d) Prueba del estado de casado mediante la certificación de la inscripción de matrimonio (incluso podría deducirse de los arts. 770-1 y 777-2 de la nueva LEC su carácter de prueba exclusiva, pese a lo dispuesto en el art. 61 del Código Civil).
- e) Prueba de la emancipación por concesión mediante certificación de la inscripción de la emancipación o, en su defecto, mediante la propia escritura pública de emancipación, acreditando que, previa o simultáneamente, ha sido instada la inscripción en el Registro Civil (Resolución de la DGRN de 14-V-1984).
- f) Prueba del estado de divorciado mediante certificación de la inscripción de la sentencia de divorcio o, en defecto de inscripción, mediante testimonio de la sentencia firme de divorcio (contra: DÍAZ FRAILE considera como medio de prueba exclusivo la certificación de la inscripción de matrimonio y de la sentencia de divorcio sin nota de referencia, en la inscripción de nacimiento, a un matrimonio distinto. Desde otro punto de vista, y en términos más amplios, SANCHO REBULLIDA considera que en actuaciones extrajudiciales y, en particular, ante la Administración Pública, el único medio de prueba del estado civil es la certificación de la inscripción en el Registro Civil, siendo admisibles, con mayor o menor amplitud, según los casos, otros medios de prueba, únicamente en el procedimiento de inscripción en el Registro Civil. Ambas interpretaciones, aunque DÍAZ FRAILE se basa en el art. 222-3 de la nueva LEC para sostener la presunción de integridad del Registro Civil respecto de los estados civiles constituidos mediante sentencia judicial, parecen contrarias a lo dispuesto en los arts. 327 del Código Civil y 2 LRC, los cuales admiten la prueba supletoria del estado civil, entre otros, en caso de falta de inscripción en el Registro Civil, sin más limitación que la necesidad de instar la inscripción omitida).

- g) Prueba de la condición de separado judicialmente: aunque la DGRN (Resolución de 16-XI-94) asimiló este supuesto al de divorciado, admitiendo la simple declaración del interesado (basándose en el precedente de la Resolución de 20-II-85 y en la inaplicación del art. 266 RRC por no ser la compra de un bien un hecho que afecte al régimen económico-matrimonial), la condición de separado judicialmente debe de probarse, asimismo, mediante la certificación de la inscripción en el Registro Civil y, a falta de inscripción, mediante testimonio de la sentencia de separación.
- h) Prueba de la vecindad civil: en la actualidad, una circunstancia tan importante para determinar la capacidad de obrar como es la vecindad civil (arts. 16-1 y 9-1 del Código Civil), solamente consta en la escritura pública en los términos del artículo 161 del R. Not. y en la inscripción registral «*si se acredita o manifiesta*» —art. 51-9-a) del RH—. La coordinación con el Registro Civil permitirá que la vecindad civil del adquirente se haga constar en la inscripción de su inscripción en el Registro de la Propiedad en los términos siguientes:
 - A) Se hará constar, en primer lugar, la vecindad que resulte del Registro Civil como consecuencia de la presunción del artículo 68-2 LRC, o de la anotación prevista por el artículo 96-2 LRC, o de las declaraciones de conservación, adquisición por residencia u opción, reguladas en los artículos 226 y siguientes del RRC (incluso la nueva regulación del art. 226 RRC permite atribuir a dicha inscripción marginal la misma eficacia probatoria de la inscripción ordinaria, frente a la limitada eficacia que le otorgaba el anterior art. 227 RRC: sólo probarán «*el hecho de haberse emitido la declaración correspondiente*»).
 - B) En su defecto, se hará constar la vecindad civil que resulte acreditada notarialmente (acreditando bien la residencia continuada durante diez años sin que conste en el Registro Civil declaración en contrario, lo cual determina, conforme a los arts. 225 RRC y 14-5 del Código Civil, el cambio de vecindad *ipso iure*; bien la posesión de estado de vecino del territorio correspondiente). Respecto de la posesión de estado hay que señalar, con DE CASTRO, que, si bien el concepto de posesión de estado se formó en materia de filiación, con los elementos tradicionales de *nomen*, *tractatus* y *fama*, es igualmente aplicable a «*otros extremos, hechos y actos que tienen su reflejo en el Registro Civil y afectan directamente al estado civil, incluyendo, por tanto, la vecindad civil*» (contra DE CASTRO, que atribuye a la posesión de estado el valor de verdadero título de legitimación. LA-CRUZ afirma que la posesión de estado es una prueba «*impresen-*

table en el tráfico y más apta en un expediente o juicio en materia de matrimonio o filiación no inscrito o cuando se suscite contienda»).

- C) En caso de duda, se hará constar, en último término, la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento (art. 14-6 del Código Civil).
- D) Respecto del extranjero que adquiriera la nacionalidad española, se hará constar la vecindad civil que resulte de su declaración de opción (art. 15 del Código Civil) o de su vecindad administrativa (art. 3-2 Comp. de Cataluña).
- E) Los mismos criterios serán aplicables a la prueba de la vecindad local (art. 3 Comp. Cataluña).

III. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El régimen económico-matrimonial del adquirente se hace constar en la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad por declaración del interesado (art. 159 R. Not. y Resolución de 16-XI-1994), e incluso no constará si el adquirente es casado, pero el acto o contrato que se inscribe no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal —art. 51-9-a) RH—. Sin embargo, dado el sistema de oponibilidad establecido por el artículo 77 LRC, el cónyuge del adquirente siempre podrá oponer al tercero de buena fe (que contrata con el titular registral creyendo que su régimen económico es el de separación de bienes) la titularidad común de la finca, derivada de un régimen de comunidad pactado en capitulaciones matrimoniales mencionadas en el Registro Civil con anterioridad a la adquisición. Este régimen de comunidad será oponible al tercero de buena fe, no sólo en el caso de que el régimen de separación de bienes constare por mera declaración del adquirente, sino también en el caso de haber sido probado mediante la escritura de capitulaciones con la nota de inscripción del artículo 266 RRC, pero sin la nota de modificación prevista por el artículo 1332 del Código Civil (dado que, como dice Díez PICAZO, dicha nota no es un requisito de eficacia del cambio de régimen económico, el cónyuge del adquirente siempre podría oponer al tercero de buena fe la modificación del régimen mencionada en el Registro Civil pero no anotada en la escritura de capitulaciones), e incluso en caso de constar el régimen de separación de bienes del adquirente por presunción legal (art. 14-2 del Fuero de Vizcaya: ya que esa presunción admite prueba en contrario, incluso contra el tercero de buena fe).

En consecuencia, quien pretenda contratar con el titular registral, si quiere evitar la posible nulidad de su adquisición, deberá consultar, en todo caso, el

Registro Civil para conocer el régimen económico-matrimonial del titular registral y, a través del mismo, la titularidad, común o privativa, de la finca inscrita. Sin embargo, esta consulta es imposible respecto del régimen legal (ya que el Registro Civil no lo publica) y muy difícil respecto del régimen convencional (deberá proceder a una doble consulta, localizando, en primer lugar, el Registro Civil, correspondiendo al lugar de celebración del matrimonio del titular registral e intentando consultar, en segundo lugar, el Protocolo del Notario autorizante de la escritura de capitulaciones matrimoniales con las limitaciones de publicidad que impone el art. 266 RRC).

La seguridad preventiva del posible adquirente exige, pues, la reforma del sistema de publicidad del régimen económico-matrimonial con arreglo a los siguientes criterios:

A) Debería establecerse la presunción de que, a falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico del matrimonio es el legal o supletorio correspondiente (presunción que, como dice Díez PICAZO, hoy es inexistente).

B) El régimen legal deberá constar en la propia inscripción del matrimonio, aplicando los elementos de conexión que establece el artículo 9-2 del Código Civil (por orden de preferencia: el régimen establecido por la ley determinada por la vecindad civil común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, si dicha vecindad común resulta del Registro Civil; en segundo lugar, el establecido por la ley elegida por ambos cónyuges; en tercer lugar, el determinado por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, siendo suficiente, a estos efectos, la declaración que sobre el particular formulen los propios contrayentes, cuya declaración valdrá como manifestación del *aminus manendi*; y en último lugar, el régimen establecido por la ley del lugar de celebración del matrimonio).

C) Deberá establecerse que la prueba de un régimen legal distinto del que consta en la inscripción de matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos, de buena fe, por un tercero. Dado el valor de presunción de la constancia del régimen legal en la inscripción de matrimonio, dicha protección deberá extenderse, igualmente, al caso de sustitución de dicha presunción por la presunción de un régimen legal distinto.

D) Respecto del régimen pactado, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 77 LRC (que se refiere a la modificación del régimen, pero no a la indicación y oponibilidad del régimen inicial, si bien hay que entender que la referencia del art. 1333 del Código Civil a las capitulaciones matrimoniales permite la mención tanto del régimen inicial como de la modificación del mismo), no parece que deba suprimirse la alusión (arts. 77 LRC y 1333 del Código Civil) a los *«hechos que modifican el régimen económico-matrimonial»*, ya que, aunque Díez DEL CORRAL afirma que esta alusión tenía sentido con los antiguos artículos 45 y 50 del Código Civil, pero que *«hoy no*

se entiende», sin embargo, como dice PEÑA, pueden citarse como casos de mención de hechos tanto el embargo de bienes comunes por deudas de un sólo cónyuge (arts. 1373 y 1374 del Código Civil), como el cumplimiento de un hecho del que, según las capitulaciones, depende el régimen económico-matrimonial.

E) Sustitución del sistema de mención (que sólo publica *«la denominación del nuevo régimen»*, art. 266 RRM, precisando, según OM de 24-XII-58, *«lo necesario, en cada caso, para la debida publicidad del régimen del bien»*), por el de inscripción de las estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio, con exclusión de las estipulaciones relativas al régimen sucesorio, liquidación del régimen y adjudicación de bienes (Resolución de 20-IX-95), adquisición de un bien por los cónyuges (Resolución de 16-XI-94), y, en general, actos dispositivos contenidos en las capitulaciones (que serán inscribibles, en su caso, en el Registro de la Propiedad, arts. 1333 del Código Civil y 75 RH).

F) Inscripción obligatoria de las capitulaciones en el Registro Civil: aunque ha prevalecido el sistema de inscripción voluntaria (Resolución de 6-V-77, arg.: la mención del régimen no es de interés público; art. 266 RRC: inscripción a petición del interesado, aunque admitiendo la solicitud de inscripción de los otorgantes en la propia escritura pública, Resolución de 7-I-83), sin embargo, la obligatoriedad de la inscripción resulta del artículo 1333 del Código Civil (*«se hará mención»*), teniendo en cuenta que dicho artículo ha sido redactado conforme a la Ley de 13 de mayo de 1981, con posterioridad, pues, al artículo 77 LRC (*«podrá hacerse indicación»*). Dicha obligatoriedad resulta, además, congruente con el sistema general de obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil (art. 43 LRC respecto al nacimiento, art. 71 LRC respecto al matrimonio, art. 84 LRC respecto a defunciones, y art. 291 RRC respecto a las anotaciones).

G) Frente a los sistemas (Alemania, Suiza, Holanda, Portugal) que han establecido un Registro de Capitulaciones Matrimoniales o Registro Especial de Regímenes Económicos, parece preferible mantener el sistema actual de inscripción en el folio de inscripción del matrimonio ya que, a pesar de las dificultades prácticas que se han señalado en caso de régimen híbrido o complejo (y que podrían resolverse con la oportuna reforma de los aspectos formales del asiento), este sistema permitirá (cuando conste el régimen legal en la inscripción del matrimonio) la publicidad unitaria del régimen económico, tanto legal como convencional, y de los posibles cambios de régimen.

H) En el caso de que uno de los cónyuges tenga la condición de empresario, deberá regularse la consecuencia de la doble publicidad de las capitulaciones matrimoniales (en el Registro Mercantil, arts. 22 del Código de Comercio y 81 RRM; y en el Registro Civil, arts. 77 LRC y 1333 del Código Civil). En la regulación actual, dice PRETEL SERRANO que la inoponibilidad, a

tercero de buena fe, de las capitulaciones no inscritas en el Registro Mercantil (arts. 20 y 21 del Código de Comercio y art. 9 RRM), es aplicable sólo al tercero que se relaciona con el comerciante mediante un acto de comercio, pero no al que adquiere del comerciante un inmueble, a quien le serían oponibles las capitulaciones mencionadas en el Registro Civil, aunque no estuviesen inscritas en el Registro Mercantil.

I) Régimen económico de las uniones de hecho o parejas estables: mientras la legislación estatal no permita la inscripción o anotación en el Registro Civil de dichas uniones, no será posible la inscripción de dicho régimen en el Registro Civil, quedando limitada su publicidad, en su caso, a la inscripción en el Registro Administrativo correspondiente (así, la Ley de Valencia 1/2001, de 6 de abril, cuyo art. 5 prevé la inscripción en el Registro Administrativo, pero sin que dichos pactos, aún inscritos, puedan perjudicar a terceros, aunque sean de mala fe, ya que el art. 4-3 no distingue; en el mismo sentido, art. 4-5.º de la Ley de Madrid 11/2001, de 19-XII).

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 51-9-a) DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Aunque la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil posibilitará, por aplicación directa de los artículos 327 del Código Civil y 2 LRC, e inaplicación por nulidad de pleno derecho del artículo 363 RRC, la exigencia de la prueba del estado civil y del régimen económico-matrimonial del adquirente y su constancia en la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, sería aconsejable la reforma del artículo 51-9-a) del RH, en estos términos:

«La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien proceda el bien o derecho que se inscriba, se determinarán conforme a las siguientes normas:

a) Si se trata de personas físicas, se expresarán, en todo caso:

- 1.º El nombre y apellidos, la nacionalidad y la mayoría de edad, en su caso, expresando, en otro caso, la edad que tuviera, por lo que resulte del DNI y de los asientos del Registro Civil.*
- 2.º Se expresará, asimismo, en todo caso, por lo que resulte del título presentado y de los asientos del Registro Civil:*
 - 1. La vecindad civil, haciendo constar, en su caso, los datos del Registro Civil, tomo y folio, y el domicilio, con las circunstancias que lo concreten.*
 - 2. El estado de emancipado, soltero, casado, viudo o divorciado, o la condición de separado judicialmente, y en caso de*

ser casado y afectar el acto o contrato que se inscribe a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico-matrimonial del adquirente y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge.

El Registrador de la Propiedad suspenderá la inscripción por defecto subsanable si del título presentado no resulte la prueba del estado civil o del régimen económico-matrimonial, en su caso, o no se expresen los datos de inscripción en el Registro Civil, y en todo caso de contradicción entre el título y los asientos del Registro Civil.

- b) *Se expresarán también, en su caso, las circunstancias de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación, y su inscripción en el Registro correspondiente».*

V. LA INEXACTITUD REGISTRAL SOBREVENIDA

La coordinación sincrónica entre la inscripción de adquisición en el Registro de la Propiedad con el contenido del Registro Civil, en cuanto al estado civil y al régimen económico-matrimonial no es, sin embargo, suficiente para la seguridad preventiva de un posible adquirente cuando, con posterioridad a la inscripción, se producen modificaciones de la capacidad de obrar del titular registral o la inexactitud de la inscripción como consecuencia de haberse practicado en el Registro Civil asientos relativos a la capacidad del titular o a su régimen económico, en los siguientes casos:

A) La incapacitación del titular registral: las inscripciones de las resoluciones judiciales de incapacitación (en el sentido amplio del art. 10 RH) pueden practicarse, en el futuro, según lo previsto en los artículos 388 y 391 RH, siempre que:

1. Las resoluciones judiciales accedan a todos los Registros de la Propiedad.

2. Se amplíe el contenido del Libro de Incapacitados (en conexión con la Sección 4.^a del Registro Civil y las inscripciones marginales de la Sección 1.^a) para incluir en él las resoluciones judiciales de privación o suspensión de la patria potestad, así como la designación del tutor o representante legal (art. 55-2 RH, sólo consta: «*si la resolución judicial lo determinar»*).

B) Aunque una vez que haya adquirido del titular registral, serán inoponibles al adquirente tanto la modificación de su régimen económico-matrimo-

nial (art. 1317 del Código Civil) como la declaración de nulidad de las capitulaciones (art. 1335 del Código Civil), antes de la adquisición el posible adquirente está desprotegido respecto a las modificaciones de la capacidad de obrar del titular registral (por ejemplo, la prueba de la vecindad civil originaria, si ésta es distinta de la que consta en la inscripción de adquisición) o de su régimen económico-matrimonial (prueba de un régimen legal distinto al que conste en la inscripción de matrimonio, por determinarse un elemento de conexión preferente, conforme al art. 9-2 del Código Civil, o bien inscripción de capitulaciones de fecha anterior a la adquisición del titular registral pero inscritas con posterioridad en el Registro Civil o la inscripción en el Registro Civil de la nulidad de las capitulaciones). La publicidad del Registro de la Propiedad debería recoger todos estos casos de inexactitud registral sobrevenida resultante de la práctica de asientos en el Registro Civil con posterioridad a la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, con arreglo a los siguientes criterios:

1. En la certificación de dominio de la finca, el Registrador de la Propiedad haría constar todas las modificaciones de la capacidad de obrar del titular registral o la inexactitud de su régimen económico, en los términos que resultasen de los respectivos asientos del Registro Civil, practicados con posterioridad a la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad.

2. Expedida la certificación, el Registrador haría constar, igualmente, dichas modificaciones, por nota al margen de la inscripción de dominio de la finca.

3. Dicha nota marginal no afectaría al valor de la inscripción (arts. 1, 20, 38 y 40 LH), y su única finalidad sería la de publicar, respecto a terceros, una posible causa de nulidad de la inscripción registral.

4. En la misma forma se haría constar, en su caso, el fallecimiento del cónyuge confesante, a los efectos previstos en el artículo 95-4 RH.

VI. LA REPRESENTACIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. Si el titular registral actúa representado legal o judicialmente, dado que, según el artículo 164 R. Not. no es preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante, y que no existe ninguna coordinación con el Registro Civil, el posible adquirente deberá, para evitar la nulidad de su adquisición, artículo 1259 del Código Civil, consultar siempre el Registro Civil, para saber si el padre que interviene en representación de su hijo menor de edad ha sido privado o suspendido en el ejercicio de la

patria potestad o, en su caso, el tutor ha sido removido de su cargo, o consta en el Registro Civil la extinción de la tutela. Solo excepcionalmente resultará del propio Registro de la Propiedad la falta de representación legal (art. 162-3 del Código Civil, si consta en la inscripción de la finca la exclusión de la administración por el padre establecida por el disponente, a título gratuito, a favor del hijo). La única garantía del posible adquirente, en la situación actual, es la presunción de vigencia de la representación legal deducida del otorgamiento de la correspondiente autorización judicial al padre (art. 166 del Código Civil) o al tutor (arts. 271-2 y 272 del Código Civil), y ni siquiera la tendría en todos los casos (cuando no es necesaria la autorización judicial porque el padre enajena con el consentimiento de su hijo mayor de dieciséis años, art. 166 del Código Civil). Solamente cuando se produzca la coordinación entre los Registros se pondrá fin a la incertidumbre del posible adquirente, a través de la publicidad de la representación legal y de sus vicisitudes, en los términos que resulten del contenido de las Secciones 1.^a y 4.^a del Registro Civil.

2. En caso de representación voluntaria del titular registral, si el poder es de naturaleza civil, el del Código Civil establece (art. 1738) un sistema de protección del tercero que contrata con el apoderado ignorando la extinción del poder, basado en la necesidad de «*doble buena fe*» (del apoderado y del tercero), lo cual significa que, en algún caso (art. 1732-3 del Código Civil) el tercero de buena fe nunca estará protegido por falta de buena fe del apoderado (éste no puede desconocer su propia declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia). Sólo en el caso excepcional del artículo 1734 del Código Civil (poder para contratar con persona determinada y, por extensión, poder cuyo otorgamiento haya sido notificado al tercero), la protección del tercero dependerá exclusivamente de su buena fe, ya que no le será oponible la revocación del poder no notificada. Fuera de este caso la revocación del poder es oponible al tercero aunque no se haya practicado la nota de revocación en la copia de la escritura de poder, siempre que el poderdante pruebe el requerimiento al apoderado para la devolución de la copia de la escritura de poder y aunque dicha devolución no haya tenido lugar por negativa del apoderado. Cabe decir, incluso, que el artículo 1733 del Código Civil ni siquiera establece una presunción de vigencia del poder derivada de la tenencia, por el apoderado, de la escritura de poder: como dice DÍEZ PICAZO, la nota de revocación no es un requisito de eficacia de la revocación. Incluso en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 26-V-94 (inoponibilidad de la revocación *ex lege* de los arts. 102-2 y 106 del Código Civil al tercero de buena fe cuando la sentencia de separación judicial, inscrita en el Registro Civil, no ha sido anotada en el Registro de la Propiedad), el tercero no depende exclusivamente de su buena fe, sino también de la falta de diligencia del poderdante, sin que, por lo demás, esta doctrina jurisprudencial pueda

generalizarse a las causas de extinción del poder que no son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esta inseguridad del tercero respecto de la vigencia del poder civil de la persona que contrata en nombre del titular registral justifica plenamente la creación de un Registro de Poderes, con arreglo a los siguientes criterios.

VII. EL REGISTRO DE PODERES

Tomando como modelo el régimen de inscripción de los poderes en el Registro Mercantil, su organización podría basarse en los siguientes principios:

1. **Ámbito subjetivo:** serán inscribibles todos los poderes otorgados por personas físicas, aunque tengan la condición de empresarios, y por aquellas personas jurídicas cuya inscripción en el Registro Mercantil, conforme al artículo 81 RRM, no sea obligatoria.

2. **Ámbito objetivo:** serán inscribibles, en régimen de inscripción obligatoria, tanto los poderes generales como los especiales (la obligatoriedad de inscripción de los poderes particulares radica en que, dado el principio de tracto sucesivo, si la inscripción del poder particular fuese voluntaria, no podría inscribirse la extinción del poder no inscrito previamente, con lo que el tercero de buena fe sólo quedaría protegido en los términos de los arts. 1734 y 1738 del Código Civil). Sólo quedarían exceptuados de la obligatoriedad de la inscripción el poder general para pleitos (art. 87-2 RRM) o el que tuviese por objeto la realización de un acto no inscribible en el Registro de la Propiedad o en otro Registro público.

3. Se llevaría por el sistema de folio personal del poderdante, abriendo folio la primera inscripción de otorgamiento de poder, en la que se expresará, además de las circunstancias de identificación del poderdante y del apoderado y de la escritura de poder, las facultades del apoderado y las cláusulas especiales del otorgamiento del poder como el pacto de irrevocabilidad (Ley 52 de la Comp. de Navarra) o la prohibición de nombramiento de sustituto (dado el régimen de nulidad previsto por el art. 1721 del Código Civil).

4. **Actos inscribibles:** serán inscribibles, además del otorgamiento del poder, la modificación (tanto la ampliación de facultades del apoderado como su reducción, así como la transformación de actuación mancomunada en solidaria o viceversa), la sustitución de poder (tanto el traspaso de facultades del apoderado, que determina, con carácter irrevocable, la extinción de la relación del apoderado con el poderdante, como la mera delegación de facultades de carácter revocable), así como la revocación del poder o su extinción por alguna de las causas previstas en el artículo 1732 del Código Civil (incluyendo los supuestos de revocación *ex lege* regulados en los arts. 102-2 y

106 del Código Civil: admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio; y en el art. 183 *in fine* del Código Civil: declaración de ausencia del poderdante).

¿Podría hacerse constar en la inscripción del poder la situación de unión de hecho o pareja estable entre poderdante y apoderado para hacer posible la inscripción de las causas de extinción especiales (como el matrimonio o la separación de hecho) previstas en las correspondientes leyes autonómicas? La dificultad de prueba de la unión de hecho y de la sumisión a la correspondiente ley autonómica hace que solamente en el caso de que la inscripción de la unión de hecho en el respectivo Registro Administrativo tenga carácter constitutivo (como en el art. 1-2 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de las Islas Baleares), podría hacerse constar dicha situación en la inscripción del poder (acreditándola con certificación de la inscripción en el Registro Administrativo), haciendo constar de oficio el Registrador las causas de extinción previstas en el artículo 8-1-*d*) y *e*) de dicha Ley.

5. Actuación de oficio por el Registrador: éste haría constar, por nota al margen de la inscripción del poder, las causas de extinción resultantes de asientos practicados en el Registro Civil (casos de los arts. 1732-3.º, 102-2, 106 y 183 del Código Civil).

6. Principios registrales: podría organizarse bajo los mismos principios que el Registro Mercantil: legalidad (art. 6 RRM), legitimación (presunción de validez del poder, art. 7 RRM), fe pública (la declaración de inexactitud del asiento o de nulidad del poder no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por un tercero, art. 8 RRM), inoponibilidad (la modificación de facultades del apoderado o la extinción del poder no inscritos en el Registro de Poderes serán inoponibles al tercero de buena fe, art. 9 RRM), y tracto sucesivo (con el doble alcance previsto en el art. 11 RRM: para inscribir la modificación, sustitución o extinción del poder será precisa la previa inscripción de otorgamiento del poder; y para inscribir actos o contratos otorgados por el apoderado será precisa la previa inscripción de otorgamiento de poder).

7. La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil, y la creación del Registro de Poderes permitirán un sistema de calificación registral unitaria, mediante el cual el Registrador de la Propiedad podrá calificar, por lo que resulte de los asientos del Registro de la Propiedad, del Registro Civil, Registro Mercantil y Registro de Poderes, la capacidad de obrar del titular registral y la titularidad común o privativa de los derechos inscritos determinada por su régimen económico-matrimonial, así como, si el titular registral actúa mediante representante, la vigencia del poder de representación y de las facultades del apoderado. Esta calificación registral unitaria no requerirá la modificación del artículo 18 LH, ya que, no habiendo sido derogado por el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, serviría de base a dicha calificación (debiendo entenderse que la referencia

del art. 18 LH a «*los asientos del Registro*» comprende todos los Registros citados anteriormente).

8. En cuanto a la organización del Registro de Poderes, parece preferible la creación de un Registro Central de Poderes (con o sin integración en el Registro Civil Central), en lugar de establecer una Sección 5.^a del actual Registro Civil.

9. El Registro de Poderes sería público y estaría a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (o de los Registradores Civiles, si se constituye la Sección 5.^a).

VIII. LA ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

De lege ferenda podría plantearse la siguiente reforma: organización del Registro Civil en dos únicas Secciones, «*de las personas físicas*» y «*de matrimonios*».

A) La Sección 1.^a, «*De las personas físicas*», se llevaría en tres folios principales (nacimiento, tutelas y representaciones legales, y defunción), con el número de hojas complementarias del folio principal que fuesen necesarias. Esto permitiría establecer un Registro unificado de la persona en el Registro Civil donde se hubiese practicado la inscripción de nacimiento (cambiando las reglas de competencia de los arts. 89 y 90 LRC), con posibilidad de traslado al Registro del domicilio del interesado (art. 76 RRC, incluyendo la Sección 4.^a). En el folio de la inscripción de nacimiento se haría constar desde la mayoría de edad, un domicilio, a efectos civiles. En el folio de la inscripción de tutelas y demás representaciones legales se inscribiría conjuntamente la declaración judicial de incapacidad y el nombramiento de tutor o representante legal (después del art. 760 de la nueva LEC, no tiene sentido la publicidad separada de las inscripciones marginales de la Sección 1.^a y de la propia Sección 4.^a). De dichas inscripciones marginales podrían ser excluidas las declaraciones de concurso de acreedores, suspensión de pagos y quiebras, ya que, como dice Díez del Corral, «*tales declaraciones, pese a lo dispuesto en el artículo 25 LRC, ni se reciben en el Registro Civil ni se justifican*».

B) Respecto de la Sección 2.^a, «*De matrimonios*», se haría constar en la inscripción de matrimonio el régimen legal del mismo y la protección del tercero de buena fe en los términos expuestos.

Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales

SUMARIO: 1. MOTIVACIONES Y SITUACIONES NORMATIVAS: 1.1. LA «REALIDAD SOCIAL» EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 1.2. LA VIVIENDA EN LA FENOMENOLOGÍA URBANÍSTICA.—2. PROPIEDAD HORIZONTAL. LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL: 2.1. EFECTOS CONCRETOS DE LA NUEVA NORMATIVA. 2.2. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: CAUSAS DE PREDISPONIBILIDAD PARA EL ARBITRAJE Y SU ACCESO AL REGISTRO INMOBILIARIO. 2.3. EL NUEVO ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. LEY 36/1988, DE 5 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE. PERSPECTIVAS: 3.1. DEL CÓDIGO CIVIL —«COMPROMISO»— AL ARBITRAJE. 3.2. DESPLIEGUE TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL ARBITRAJE. 3.3. PREDISPONIBILIDAD PARA LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS FÓRMULAS DE ARBITRAJE.—4. ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONVENIOS Y LAUDOS ARBITRALES COMO CRITERIOLOGÍA SUPERADORA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES: 4.1. TEORÍA —BIBLIOGRÁFICA— Y PRÁCTICA CREADORA. 4.2. POTENCIALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 7 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 4.3. CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LOS ESTATUTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL: FÓRMULAS GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS. 4.4. AFECTACIÓN DE LOS LÍMITES DE LA LEY DE ARBITRAJE. 4.5. LA SUMISIÓN EXPRESA. 4.6. LA «DISPONIBILIDAD», LA «IMPERATIVIDAD» Y «EL ORDEN PÚBLICO» EN LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE. 4.7. ASPECTOS FORMALES: DOCUMENTACIÓN PÚBLICA.—5. MODIFICACIÓN DE CLÁUSULAS DE ARBITRAJE YA ESTABLECIDAS EN LOS ESTATUTOS O CONVENIOS: 5.1. PRINCIPIOS Y REQUISITOS FORMALES: CALIFICACIÓN. 5.2. INSCRIPCIÓN DE ESTATUTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL COMO TÍTULOS CONSTITUTIVOS DEL ESTATUTO. EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 5.3. AFECTACIÓN A TERCEROS: CONCRECIÓN Y LIBRE DISPOSICIÓN. 5.4. CUMPLIMIENTO DE DECISIONES ARBITRALES. LA CLÁUSULA COMO PROBLEMA DE FORMALISMO Y ESPIRITUALISMO JURÍDICOS. 5.5. ARBITRAJE SOBRE ACUERDOS DE LAS JUNTAS DE PROPIETARIOS. 5.6. CONTENIDO OBLIGACIONAL. 5.7. EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE LABORAL. 5.8. DEBERCHOS Y OBLIGACIONES CON TERCEROS.—6. LAUDOS ARBITRALES Y SU ACCESO AL REGISTRO INMOBILIARIO: 6.1. VERIFICACIÓN DEL ARBITRAJE: FIRMEZA Y VALOR EJECUTIVO DEL LAUDO. 6.2. PECULIARIDADES DE LA REGISTRACIÓN DE LOS LAUDOS: REQUISITOS: 6.2.1. *El tracto sucesivo*. 6.2.2. *Documentación pública*. 6.2.3. *Documentos complementarios*. 6.2.4. *Calificación competencial*. 6.2.5. *Materias-objeto*. 6.2.6. *Plazo. ¿Mandamiento judicial?*

1. MOTIVACIONES Y SITUACIONES NORMATIVAS

1.1. LA REALIDAD SOCIAL EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

He de reconocer que el tema, en los términos del título del presente trabajo —que es tanto como analizar el cómo y el por qué del acceso al Registro de la Propiedad, de las fórmulas, convenios, cláusulas y laudos arbitrales—, se me ha planteado —teórica y prácticamente— en los últimos años de mi vida profesional como jurista. E incluso, en un momento y caso concreto, como copropietario individual, como consecuencia de esa realidad técnico-urbanística resultante de la instalación en las terrazas de pantallas o antenas de proyección telefónica; así, en particular, al contratar con la empresa correspondiente, y fijar condiciones, se sugirió un determinado criterio arbitral para ese tipo de cuestiones. Esto que es casi como anécdota, no nos desvía de la cuestión principal: la creciente problemática e interés, incluso en cuantías, impuesta por la realidad social (1).

Para entender mejor, tanto la importancia del tema, como la orientación básica del mismo, hemos de partir de que no existe mucha bibliografía jurídica al respecto —aunque el trabajo del Notario ELÍAS CAMPO, para nosotros, es iluminador (2)—, y nos parece necesario hacer referencia a las motivaciones o situaciones normativas que han dado y pueden seguir dando lugar a una problemática, ante la cual, para que no se haga patológica o meramente literaria, conviene destacar desde el comienzo analizar (3).

Y eso se da, al tiempo, en el desenvolvimiento normativo de las instituciones de *Arbitraje*, *Registro de la Propiedad* y *Propiedad Horizontal*, con un desarrollo progresivo de las respectivas instituciones. Como apunta CAMPO VILLEGAS (4), el arbitraje ha tenido un encaje mayor en el Registro Mercantil, tanto por dar ahí una acogida normativa más flexible, como por la práctica, y por la tradición de un cometido de las «históricas» Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, o con esos cometidos sustanciales a ellas. Pero la referencia al Registro de la Propiedad también es hoy incuestionable. Aquella función social de la registración, como «*pequeñas constituciones declarativas de derechos privados*», de que hablaba NÚÑEZ LAGOS, es hoy una realidad (5).

(1) Realidad social, con arreglo a la que con arreglo al artículo 3 del Código Civil español, han de interpretarse las normas jurídicas. Acaso por eso mismo cobre más actualidad el pensamiento de LEGAZ LACAMBRA *El Derecho como forma dinámica de vida social*, y que nosotros hemos recreado en diversos trabajos.

(2) Vid. «Arbitraje y Derecho», en el volumen II de la obra *Libro-Homenaje a Jesús López Medel*, Madrid, 1999, volumen II, págs. 1599 y sigs.

(3) LASWELL, sociólogo norteamericano, acostumbraba, al plantear un tema, el preguntar *quién, cómo, por qué, para qué* de la cuestión.

(4) En la obra citada *Arbitraje*, pág. 1601.

(5) Se puede decir que está ya desarrollado en los históricos tratadistas del Derecho Registral, y de una manera especial, en don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Pero no vamos a insistir

Es de hacer notar que aun con la misma Ley Hipotecaria de Bases de 1944, y el texto articulado de 1946, con unos reglamentos que han recogido los criterios jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias del Tribunal Supremo, se ha podido, prácticamente, dar entrada a la problemática, ya en concreto, de la Propiedad Horizontal.

1.2. LA VIVIENDA EN LA FENOMENOLOGÍA URBANÍSTICA

Incluso a esa fenomenología, inicialmente colateral, como es todo el entramado de complejos urbanísticos —proyectos de compensación, entre otros—, la multipropiedad, y también en singularidades de ciertos núcleos o instalaciones de servicios urbanísticos en grandes áreas o superficies comerciales, locales, zonas de ocio, etc., para dar apertura a peculiaridades no estrictas de lo que es un derecho real —que es el que tiene normalmente acceso al Registro—. Con la aparición de los derechos *ad rem*, y aun otros de potencialidad o con vocación de publicidad respecto de terceros. Así sucedió con los derechos de superficie, de opción, o de vuelo, ya consagrados reglamentariamente. Hoy, la amplitud del acceso al Registro de la Propiedad, prefijada en los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), y en los artículos 4 y siguientes del Reglamento Hipotecario (en lo sucesivo, RH) es un hecho, así como la natural conexión Registro-Notaría y Catastro (6).

1.3. ¿INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES?

En definitiva, sin llegar a una inscripción obligatoria y progresiva, como en su momento sostuvimos, con aquiescencia de don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (7), la predisponibilidad registral es evidente. Se mantiene y ayuda el principio de libertad contractual, y también la práctica y reformas legales, por ejemplo, la de la inscripción registral de los arrendamientos urbanos, frente a la limitación del anterior texto del artículo 2.5.º de la LH, y sobre todo la de los Estatutos de la Propiedad Horizontal.

Los nuevos sistemas de informatización, de firma electrónica, de mecanización, etc., si se toman como instrumentos y no erosionan el principio de calificación, confirman la buena disposición para la eficacia hacia los terceros también, del acceso de los convenios y laudos arbitrales.

aquí. Vid. no obstante, MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, *Comunidades de vecinos. Legislación y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2001, aunque no se estudia la materia de arbitraje.

(6) Podríamos decir que por ahí andan, junto con la aplicación tecnológica, las modernas instituciones citadas y las derivadas de la administración de la propiedad urbana.

(7) En el prólogo a nuestra obra *Modernas orientaciones sobre la institución registral*, Madrid, segunda edición, 1975.

Lo vamos a analizar en los dos planos básicos mencionados: propiedad horizontal y arrendamientos urbanos.

2. PROPIEDAD HORIZONTAL. LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL

2.1. EFECTOS CONCRETOS DE LA NUEVA NORMATIVA

La Ley de 1999, en cuanto reforma parcial de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), dado su contexto y filosofía, facilita y abona el terreno para una mayor flexibilidad y estímulo hacia fórmulas de arbitraje y respecto de su acceso al Registro. La reforma de aquella legislación fue una iniciativa popular articulada a través de los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas, como expresamente reconoce CABELLO DE LOS COBOS, a la sazón Director General de los Registros y del Notariado (8), aunque la Comisión General de Codificación había elaborado un anteproyecto. El mencionado autor alude específicamente a la *«importancia de la norma para su paulatina adaptación a las necesidades sociales (que) ha supuesto la interpretación jurisprudencial, doctrinal, y práctica notarial y registral»*. Y el mismo autor hace un análisis de las innovaciones más importantes con respecto a la Ley de 1960. Se ha pasado de la regulación de una «propiedad horizontal» aislada, a un impacto de complejos urbanísticos privados (cap. III, art. 24), cuya normativa (9), por sí misma —cabría decir— entrevé, necesita o auspicia, fórmulas arbitrales.

2.2. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE REFORMA DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Para nosotros, es en la Exposición de Motivos de la Ley de 1999, en la que vemos los instrumentos teórico-prácticos para aquella predisponibilidad hacia lo arbitral-registral, que se manifiesta, entre otras, por las siguientes modificaciones:

- a) La regla de la *unanimidad* es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que pueden ser convenientes para la comunidad de propietarios, e incluso por razones

(8) En la aportación «Comentario a la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1844, de 1-5-1999.

(9) POVEDA DÍAZ, en su tesis doctoral sobre la propiedad horizontal, destaca por una fina exégesis. También nuestra obra, *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, Madrid, 1995.

medioambientales de otra índole en cuanto al resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de mayoría. Por tanto, como ya adelantábamos, se amplía el campo de lo que en el arbitraje se denominará «*libre disponibilidad*», con un ámbito más abierto de viabilidad para aquella institución.

- b) Se ofrecen también unos instrumentos más eficaces en la lucha por la morosidad, como la califica la Exposición de Motivos, con fórmulas y procedimientos más ágiles para la ejecución judicial en el cobro de deudas. Pero aquel procedimiento no es exhaustivo.
- c) El gobierno de la comunidad, regulación de las actas, carácter del Administrador de Fincas —que puede ser un copropietario—, con más revestimiento de autoridad y responsabilidad, permiten, al tiempo, encontrar caminos de mediación o de compromiso, pero siempre que no se rebasen los mínimos legales.
- d) «*Con ello —se dice en la Exposición de Motivos— la Ley de Propiedad Horizontal gana en flexibilidad y dinamismo, pero también en eficacia, y se acomoda a los nuevos requerimientos sociales, en el convencimiento de que seguirá siendo durante las décadas venideras una de las normas de mayor trascendencia para nuestro país*». Esta confesión de firmeza y de esperanza, y sin duda de optimismo, es también fuente de sugerencias prácticas ante el tema que nos ocupa.

2.3. EL NUEVO ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO CIVIL

Destaco, finalmente, la configuración de la *forma especial de propiedad*, establecida en el Código Civil (en lo sucesivo, CC), que se denomina propiedad horizontal, y que ayudará también ante las modificaciones de la LH y del RH, este último de manera particular. Y es de interés, porque desmenuza y detalla, acaso excesivamente, todo el entramado de lo que son «*los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública que podrán ser objeto de propiedad separada y llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes*». (Y aquí viene una detallada puntualización: suelo, vuelo, cimentaciones, cubiertas, escaleras, muros, pilares, vigas, cierres, contadores, bloques, telefonías, humos, porteros electrónicos, antenas colectivas, servidumbres, añadiendo «*y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles*».)

Junto a ese detalle, se confirma su indivisibilidad, y su no enajenabilidad o gravamen, con independencia de la parte privativa, por ser anejos inseparables. Es decir, que se ofrece un contexto no exhaustivo de elementos que

entran en juego —con toda su problemática y relaciones— y a la vez, que nos delimita el área de la «no-disponibilidad».

3. LA LEY 36/1988, DE 5 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE: PERSPECTIVAS

3.1. DEL CÓDIGO CIVIL —COMPROMISO— AL ARBITRAJE

Hay un tercer factor, entre otros, que contribuye a abrir nuevos caminos para un desarrollo positivo y creador del arbitraje y su acceso al Registro de la Propiedad. Es el signo o giro, con parecidas adjetivaciones, que va a tomar el arbitraje, a partir de la Ley de 1988 (en lo sucesivo, LA).

Concebida inicialmente en el Capítulo II, Título XIII, del Libro IV del CC, como mero «*compromiso para transigir dejando a un tercero la decisión*», la amplia jurisprudencia sobre las funciones de los árbitros y amigables compondores (10), las materias objeto, la ejecución de aquél, etc., venían ya mostrando la insuficiencia de esta normativa «contractual-arbitral-compromisoria», la cual, gozó, como anteriormente mencionamos, de cierto arraigo a través de la aceptación del sometimiento a las Cámaras de Comercio. Y también en la esfera de la contratación mercantil (11).

3.2. DESPLIEGUE TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL ARBITRAJE

En la propia Exposición de Motivos de la LA de 1988, encontramos algunos de los motivos fundamentales que ambientarán y posibilitarán el acceso al Registro de la Propiedad, lo que no ocurriría con la ley anterior de

(10) «Las partes han de atenerse a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de los árbitros» (sentencia del Tribunal Supremo de 17-5-1904).

(11) Hasta entonces, se podría decir que no abundaba el tema en la literatura jurídica. Así en los comentarios al Código Civil, recientemente publicados por magistrados del Tribunal Supremo, coordinados por GIL SIERRA, ni se comentan los artículos 1821 y 1822 del Código Civil, por hacerse una remisión a la legislación sobre arbitraje. De otro lado, en el *Diccionario de Derecho*, de LUIS RIBÓ DURÁN (Barcelona, 1987), se trataba del arbitraje de derecho en la voz «*contrato de compromiso*», con referencia a la Ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitrajes de Derecho Privado, pág. 145, donde también se menciona el arbitraje de equidad y el laudo. Asimismo, en el *Diccionario Jurídico Espasa*, 1994, se recoge la voz «*arbitraje*», con parecida alusión a la Ley de 1953, y al arbitraje internacional (pág. 69). Sobre el arbitraje, como tema procesal, ha trabajado, entre otros, PEDRO ARAGONESES ALONSO y BERNARDO CREMADES. Todos ellos refiriéndose a arbitrajes en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, y escasamente —por no decir ausentes— en el área de la propiedad horizontal y su conexión con el Registro Público Inmobiliario. Como jurista experto, vid. especialmente el trabajo del último citado, *Jueces y árbitros en la solución de conflictos mercantiles*, ponencia en el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1999.

22 de diciembre de 1953, aunque «*supusiera un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad*», y siempre concebida como solución arbitral de conflictos de Derecho en el más estricto sentido de la palabra.

No existía ninguna perspectiva —impensable entonces— de publicidad ante o frente a terceros. Y aunque en el artículo 2.4 LH y en el artículo 10 RH cabría hacer extensiva la registración de las resoluciones judiciales a los laudos. Pero siempre *a posteriori*, es decir, por los medios de la ejecución y de sus efectos.

De las reflexiones que nos brinda la citada Exposición de Motivos de la Ley de 1988, destacamos los siguientes extremos:

3.3. PREDISPONIBILIDAD PARA LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS FORMAS DE ARBITRAJE

Señalamos sobre esta materia, los siguientes puntos:

- a) Eliminación de la distinción entre contrato preliminar de arbitraje, y el compromiso que con frecuencia obligaba a una formalización judicial previa.
- b) El convenio arbitral se va a regir por el principio de libertad formal, junto con el de la separabilidad del convenio accesorio del negocio jurídico principal, con posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de árbitros.
- c) En la regulación formal (Títulos IV al X), puede decirse que se quiere encontrar un instrumento coordinado, conexo, y en línea también con la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por la que, una vez integrados plenamente a nivel europeo, pudiera ser objeto de aplicación inmediata, expansiva y nuclear.
- d) Esta Ley de Arbitraje es aplicable como norma complementaria en otro tipo de legislaciones especiales, como la de seguro privado, consumo, propiedad intelectual, ordenación de transportes terrestres y marítimos y áreas (ya no digamos en la esfera mercantil, aunque éste no es nuestro tema).
- e) Como resumen, se puede decir que en el último párrafo de la Exposición de Motivos se encuentra tal predisponibilidad: «*Esta Ley facilitará un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaura es igualitario. Se trata, en definitiva, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra*».

- f) La publicidad —anticipamos nosotros— registral de los convenios arbitrales y la inscribibilidad de los laudos complementan y coadyuvan a las finalidades de la ley como ordenamiento jurídico, que es animado por la Constitución y por nuestra integración europea. Coordenadas que son también coincidentes con el desarrollo de una seguridad jurídica y libertad en el marco del tráfico jurídico respecto a inmuebles y derechos reales, en una línea más flexible a la clásica del *numerus clausus*, por la fuerza de las realidades sociales y de los intereses (12), y en nuestro tema, el de la propiedad horizontal y aún el del mercado inmobiliario.

4. ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONVENIOS Y LAUDOS ARBITRALES COMO CRITERIO SUPERADOR DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

4.1. TEORÍA —BIBLIOGRÁFICA— Y PRÁCTICA CREADORA

En el citado trabajo de CAMPO VILLEGAS (13), después de destacar que «*tras la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje se va produciendo un cierto florecimiento de la institución*» con una rica bibliografía pero que ha merecido poca atención de los autores (respecto) al tema relativo a las relaciones del arbitraje con el Registro. Y «*que es de vida o muerte para el arbitraje societario, igual que para el inmobiliario, que tanto el convenio arbitral como el laudo tengan acceso al Registro*». Esa falta de bibliografía o de interés fue, para el ilustre notario, como lo ha sido para nosotros, «*motor del trabajo*» (14).

(12) La profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense, GARRIDO GÓMEZ, ha publicado recientemente un trabajo sobre el sugestivo título *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho Privado*, Madrid, 2002, que es un buen frontispicio iusfilosófico a toda esa problemática contemporánea en materia de cumplimiento e incumplimiento de obligaciones, partiendo de un análisis histórico y de la situación actual. En las páginas 31 y sigs., en la rúbrica «*instancias configuradas formalmente*», hay un apartado 1.2 —el 11 que se refiere a los órganos de naturaleza jurisdiccional— dedicado a los árbitros, aportando una buena fuente doctrinal, como CARNACINI, SÁNCHEZ DE LA TORRE, ROWLAND, MARTYONE, JARROSON, LENOBLE, CRISCOGNO, OPETIT, BERTRAND, etc.

(13) *Libro-Homenaje*, trabajo citado en la nota 2 precedente, pág. 1601.

(14) De los nombres que recuerda CAMPO VILLEGAS, además de los citados a lo largo del trabajo, destaco a MUÑOZ PLANAS, FERNÁNDEZ DEL POZO y GONZÁLEZ GARCÍA. Y sobre la materia de arbitraje internacional y comunitario habrán de tenerse en cuenta los estudios de DIEZ CLAVERO y L. M. BASCONES, que serán expuestos más adelante. Por razones o imperativos sociales o políticos, comienza a hablar de *arbitraje*, incluso con una nueva regulación que extienda el ámbito, temario o procedimiento. No sabemos —al corregir galeras— si insistirán en la tesis de este trabajo.

La materia se ha tocado algo más en materia de arbitraje societario mercantil (15). Y es porque la esfera de los negocios, el cauce de las Cámaras de Comercio, la patología económico-financiera, la variabilidad de los acuerdos societarios, etc., se prestan mucho más a la necesidad de una constancia registral mercantil. Nosotros, en el texto principal, reconocíamos que sólo en los últimos años de vida profesional, y en conexión personal con Notarios-Registradores, hemos podido, en la práctica, buscar fórmulas precisas, aunque no cerradas. Y esa experiencia, más la doctrinal propia, es la aportación que aquí queremos hacer, sin pretender dar lecciones.

Las posibilidades de la vía arbitral en materia societaria dieron un paso definitivo por virtud de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19-2-1998, según la cual *«un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición del socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria»*.

El Tribunal Supremo, a su vez, en sentencia de 18-4-1998 refuerza esa doctrina, señalando que *«esta Sala estima que en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su lado..., el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos...»*

4.1. POTENCIALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 7 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Vamos a exponer esta materia en dos grandes apartados: uno, referente a lo que serían cláusulas o convenios arbitrales en punto de propiedad horizontal; y otro, sobre los laudos arbitrales, también referidos a tal ámbito. Lo hacemos así porque indudablemente la problemática inicial, y ciertos acondi-

(15) Vid. el trabajo de BERNARDO M. CREMADES, «El arbitraje societario», en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, págs. 13 y sigs., que indica —pág. 17— que *«la polémica doctrinal sobre la arbitralidad o no de la impugnación de los acuerdos sociales pertenece ya, por fortuna, a la historia del Derecho español»*.

cionamientos jurisprudenciales iniciales, derivados de sentencias o de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 14-4-2002, sobre propiedad horizontal y modificación de estatutos, aunque no sean frecuentes, y quizá por eso mismo, convida a cierta prudencia, aun dentro de la autonomía de la voluntad, para la búsqueda de la solución de conflictos que no sea por la vía jurisdiccional estricta.

Hay que partir, efectivamente, y como anticipamos en la primera parte, de la viabilidad del acceso al Registro de la Propiedad en virtud del artículo 7 RH, además de una práctica notarial-registral, que textualmente dice así: «*conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley (Hipotecaria), no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros derechos de la misma naturaleza, así como cualquiera acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego, o en lo futuro, algunas facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*».

Todo lo anterior debe ponerse de relación, a su vez, con los supuestos a que anteriormente nos referíamos. Ya que en cada uno de ellos pueden surgir cuestiones peculiares que a veces pueden ser límites legales o formales, objeto de calificación registral. Hoy esta cuestión, dadas las reformas de la LH y RH, derivadas en buena parte por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos para el año 2002, tiene especial interés. Aquí nos vamos a referir genéricamente a la obra coordinada por GÓMEZ GÁLLIGO (16). Y en cuanto a los preceptos modificados debe recordarse la modificación de los artículos 322 a 329 de la LH, aunque no hagan cambiar la filosofía de este trabajo.

4.3. CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LOS ESTATUTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL: FÓRMULAS GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS

Éste sería el caso más normal —y en cierto modo deseable— para contemplar *ab initio* la posibilidad de sometimiento de cierto tipo de cuestiones litigiosas a fórmulas arbitrales. Naturalmente, aquí comienza a surgir una problemática previa, referida a la amplitud del artículo 7 RH, que se puede ver incrementada por la que ya advertíamos en la de los Estatutos de Propiedad Horizontal. Todo lo cual, a su vez, hay que encajarlo con la normativa del arbitraje. Sin pretender ser dogmáticos, sino orientadores, vamos a ser más extensos en el estudio de los convenios y laudos arbitrales, y considerar dos fases:

(16) *La calificación registral*, dos volúmenes, Madrid, 1996. O también, nuestro trabajo *Relevancia jurídica de la calificación*, 2002.

- a) Las cláusulas arbitrales, en la constitución inicial de los Estatutos de la Propiedad Horizontal.
- b) La incorporación de nuevas cláusulas —en estatutos— de las reglas de comunidad, susceptibles luego de modificación.

En realidad, son dos momentos, si se quiere diferentes o sucesivos, pero para mayor claridad, y aunque se dé una problemática común, los analizaremos de forma separada.

Cuando se trata de viviendas o bloques o complejos urbanísticos puede ocurrir que, o bien haya una referencia general a las normas de propiedad horizontal sin más, o bien que haya estatutos con una remisión —hasta el presente es lo más frecuente— a que las cuestiones litigiosas se someterán a los jueces y tribunales competentes, o bien que —y aquí entran las cláusulas de arbitraje propiamente dichas— se establezcan, específicamente, aquellas otras particulares en los estatutos iniciales, que normal y primariamente corresponden redactar a los constructores de viviendas y complejos urbanísticos, marcando *ab initio* las reglas de comunidad, susceptibles de modificación.

Aquí vienen ya una serie de cuestiones, que vamos a enumerar, y que no son exhaustivas:

4.4. AFECTACIÓN DE LOS LÍMITES DE LA LEY DE ARBITRAJE

Para ser válido el arbitraje, *«debe ajustarse a las prescripciones de la Ley»* (art. 3.1), que son las de carácter general establecidas en el artículo 2 —*«cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje»* (art. 2)—, y las que deriven del propio articulado, especialmente en el aspecto formal.

Las resultantes igualmente de los límites de la Ley de Propiedad Horizontal, como obligaciones imperativas —lo que cada propietario puede hacer por sí, o con aprobación de la Junta de la Comunidad, etc. (arts. 7 y sigs.), y en especial lo que se refiere al gobierno de la comunidad (arts. 13 y sigs.).

4.5. LA SUMISIÓN EXPRESA

A su vez, surgen dos tipos de problemas: por un lado, si caben o no fórmulas genéricas de arbitraje. Por ejemplo, que se haga una remisión global *«de las cuestiones litigiosas»* al arbitraje. En general, no hay unanimidad de opiniones. CAMPO VILLEGAS (17) llega a hablar de considerar el carácter omnicomprendivo como acertado, por la ventaja de que pudiera haber aspec-

(17) *Libro-Homenaje*, trabajo citado en la nota 2 precedente, págs. 1603 y sigs.

tos que quedaran fuera del arbitraje. Pero el mismo autor apunta a las cautelas que la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1958, ya ofrecía en la interpretación de una exégesis extensiva, con la finalidad esencial de excluir a los tribunales.

Este problema de la concreción o no como principio, acaso no está muy desarrollado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, dado, en efecto, el principio de autonomía de la voluntad. Nosotros, dada la motivación de eficacia y de tutela judicial efectiva de derechos concretos, conforme al artículo 24 de la Constitución, tal como recordamos, inspirado en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, nos inclinamos, como fórmula recomendable, no por la genérica, sino la específica.

Desde luego, en nuestra función como juristas, siempre aconsejábamos, y en conexión con Notaría y Registro, la concreción. La fórmula de «*remisión al arbitraje*» sin más, indudablemente, es más sencilla y cómoda, pero es más fácil de ser tamizada por el fedatario público y por la calificación registral.

Se evita el riesgo de la invalidez por lo genérico de «todas», y porque lo casuístico de una dinámica de la vida de cada comunidad así lo haría aconsejable. Es decir, habría que considerar también si se tratase de comunidades pequeñas o con escasos problemas a primera vista. O si tratase de complejos urbanísticos, con grandes o varios bloques, portería o servicios, en los que incluso hubiera varias comunidades o intercomunidades. En todo caso, la cuestión no puede soslayarse de esta u otra manera.

4.6. LA «DISPONIBILIDAD», LA «IMPERATIVIDAD» Y EL «ORDEN PÚBLICO» EN LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE

Precisamente, si se adopta el sistema de la concreción, es más fácil entender este otro principio de la disponibilidad en la materia objetiva. Ya lo advertíamos al comienzo por existir una serie de normas de carácter imperativo, que nacen incluso de la propiedad misma, tanto en su configuración en el Código Civil, como de las facultades que pudieran darse en exceso a los árbitros.

Añadimos otra razón de carácter formal registral: porque la publicidad registral de las cláusulas o convenios arbitrales en los Estatutos de comunidad, al afectar a terceros, requieren no sólo cierta concreción —como ya decíamos—, sino un delimitar el campo de la autonomía de la voluntad. Aquí es donde entra no sólo la invocación —a veces excesiva— al «orden público» en cuanto garantía de ciertos valores indispensables en un sistema socioeconómico y jurídico o financiero —ya que las inversiones en propiedad inmobiliaria pueden ser cuantiosas—, sino además y sobre todo por lo que puede representar de los intereses de terceros, como anteriormente adelantamos.

En los tres aspectos (disponibilidad, no afectación de normas imperativas y orden público), en todo caso, entran las funciones de calificación registral, y no sólo por su valor *inter partes* o entre copropietarios y la Comunidad, sino por la afectación a terceros, que pudieron incluso ser ajenos a la redacción y aprobación de la cláusula arbitral, independientemente de la nulidad o anulabilidad de determinadas cláusulas.

4.7. ASPECTOS FORMALES: DOCUMENTACIÓN PÚBLICA

En el aspecto formal hay que partir de dos requisitos: los Estatutos de la Comunidad pueden presentarse en la escritura pública de división horizontal o en acta notarial. Este requisito viene dado por la norma general del artículo 2 y siguientes LH, y sus concordantes del RH: el documento público.

No obstante, nosotros quisiéramos aportar la experiencia o consejo siguiente: en la redacción de los Estatutos de Propiedad Horizontal deben establecerse una rúbrica especial que pudiera ser «*cláusula o convenio arbitral*». Incluso podría venir, como anexo específico a los estatutos de la comunidad. Prácticamente, como si se tratase de un verdadero convenio. Una u otra opción pueden depender de la naturaleza, extensión, complejidad o no de la propiedad horizontal de que se trate.

5. MODIFICACIÓN DE CLÁUSULAS DE ARBITRAJE YA ESTABLECIDAS EN LOS ESTATUTOS O CONVENIOS

5.1. PRINCIPIOS Y REQUISITOS FORMALES: CALIFICACIÓN

El convenio arbitral, se trate de una instrumentación dirigida específicamente a cubrir un vacío existente, o bien para modificar las cláusulas ya preestablecidas en los Estatutos de Propiedad Horizontal, ya inscritos en el Registro Inmobiliario, ha de reunir los requisitos y moverse entre los presupuestos antes señalados a la constancia arbitral *ab initio*. Por lo tanto son aplicables allí los principios de concreción, especialmente en la terminología registral y los de sus límites.

Es obvio que el requisito de la escritura pública se mantiene, pese al criterio de amplitud y de liberalidad de la LA. Pero el acceso exige, por la LH y el RH, el documento notarial.

También aquí opera la criteriología de la calificación registral, la cual, cuando se trata de una modificación de las cláusulas ya inscritas, habrá de entenderse bajo el ámbito del artículo 18 LH, en cuanto que la calificación opera no sólo sobre la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos

o de la capacidad de los otorgantes, sino también «*de lo que resulte de los libros del Registro*». Hay que recordar que en este supuesto, como en el anterior, sobre la calificación del Registrador, y en cuanto a los asientos mismos, éstos están «*bajo la salvaguardia de los Tribunales*» (art. 1 LH), aunque aquellos asientos produzcan todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud (18).

5.2. INSCRIPCIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL
COMO TÍTULOS CONSTITUTIVOS DEL ESTATUTO. EL ARTÍCULO 5
DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Dicho lo anterior, hay cuestiones —algunas afectan también a las cláusulas de arbitraje en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal— en las que vamos a insistir, ya que el convenio, como instrumento separado y especial, constituye —o puede constituir— una pieza fundamental en el arbitraje en este tipo de propiedad.

De una manera singular, a medida de que se vaya incrementando la variedad y riqueza de lo que comporta esa propiedad urbana, en el presente y en el futuro, como tal, o como mercado inmobiliario, o ante la realidad de verdaderos complejos urbanísticos y bloques, con fuerte financiación, con una movilidad de titulares o de situaciones que puedan hacerse patológicas o conflictivas, o simplemente muy variadas, por el número de bloques e incluso por la multiplicidad de comunidades.

En primer lugar, tenemos que recordar, entre otros, el artículo 5 LPH, en cuanto se refiere a lo que es «*título constitutivo de la propiedad por pisos o locales*», con la descripción obligada, asignación de número y de cuotas, criterios y requisitos para tal fijación, etc. Quiero subrayar que en el penúltimo párrafo de aquel precepto se establece lo siguiente:

«El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio de derechos y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instala-

(18) Todo esto sin perjuicio del recurso gubernativo, que, como luego reiteraremos, ha tenido algunas importantes modificaciones por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, llamada «de acompañamiento», en la sección 5.ª, «*recursos contra la calificación*», introduciendo una nueva redacción a los artículos 322 a 329 LH, entre otros, y sobre los cuales no encaja aquí su glosa. No obstante, aunque sea un tema concreto, es de interés el artículo del profesor PRATS ALBENTOSA, «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001», en *Boletín CRE*, junio de 2003. Sobre la «alternativa» orgánica del Registrador-Calificador, vid. nuestro trabajo, pendiente de publicar en *Anales de la RADE*, «Aportaciones a la Ciencia Registral» (epílogo).

ciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad».

Y, de otro lado, el párrafo final, señala:

«En cualquier modificación del título, salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución».

De estos textos tenemos dos hitos, no meramente teóricos, sino prácticos, uno referido a que el título constitutivo de la propiedad horizontal es un estatuto privativo y que regula derechos y obligaciones no prohibidas por la ley. Y otro, si a la inscripción se la hace «obligatoria» (19), y pudiera entenderse «constitutiva» respecto de terceros.

Es el término que, como antes decíamos, ya aceptaba DE LA RICA Y ARENAL en el prólogo a nuestro libro *«Modernas orientaciones sobre la institución registral»*, y consecuentemente resulta aplicable para la modificación estatutaria, cuando ya hubiesen tenido acceso al Registro las cláusulas o convenios arbitrales.

De aquí que con la contemplación de ambas leyes, de Arbitraje y de Propiedad Horizontal, se puede afirmar que hoy existe base legal suficiente para el acceso al Registro Inmobiliario, tanto de cláusulas de arbitraje como el de un convenio de idéntica naturaleza, pero en forma separada y especial, así como toda modificación posterior.

5.3. AFECTACIÓN A TERCEROS: CONCRECIÓN Y LIBRE DISPOSICIÓN

Junto al respeto mínimo a las citadas leyes, y precisamente por la problemática de la concreción y de una materia objeto de libre disposición, hay que cuidar la redacción de las cláusulas arbitrales, teniendo siempre la óptica de la afectación a terceros. Es decir, que pueda constituir un buen elemento

(19) La distinción de inscripción obligatoria —«estimulante»— y la constitutiva, que es la que hace nulo o no el negocio jurídico, como en el caso de la hipoteca, es un tema que ha tenido una larga bibliografía, apuntada en otro lugar. Lo interesante es destacar que la «obligatoriedad» de una inscripción de los Estatutos para efectos de terceros, forma parte del elenco de leyes especiales —montes, bienes municipales, concentración parcelaria, viviendas, etc.—, por las que se impone y se estimula una inscripción frente a la voluntariedad de la inscripción. Vid. nuestro trabajo «Seguridad jurídica y globalización», en *RCDI*, 2002.

orientador para constructoras, promotores, gestores, administradores, abogados, notarios y registradores, y que ante las dudas —y aun «intereses»—, en una u otra redacción, predomine las actitudes de buscar o delimitar, según las circunstancias, las «prohibiciones de las leyes», que deben aplicarse restrictivamente ante el principio de la autonomía de la voluntad, en por qué y cómo puede afectar a un tercero aquel tipo de cláusulas y convenios arbitrales.

No podemos entrar aquí en una casuística, ni siquiera completar nuestro estudio haciendo «minutas» o «borradores» al respecto. Por la razón, no sólo de la confianza en la profesionalidad de aquellos agentes sociales, técnicos en Derecho, antes mencionados, sino por la variedad de tipos y de supuestos en cada propiedad horizontal singular.

Nosotros, en este punto, sólo hemos pretendido afirmar la viabilidad del acceso al Registro de las cláusulas arbitrales o convenios: y, una vez tomada conciencia de su posibilidad, estudiar serenamente los términos de aquellos instrumentos e instituciones jurídicas, y valorar la adecuación al tipo de propiedad horizontal y sus circunstancias.

Porque de su eficacia y del rigor de su redacción puede depender mucho la generalización de su práctica, salvando *a priori* los posibles obstáculos que en los tribunales o cortes arbitrales, especialmente en los de carácter institucional, y en la jurisprudencia, se hayan podido advertir. Por ejemplo, en el ámbito del acceso al Registro Mercantil para cláusulas y convenios de este tipo, en lo que no vamos a entrar aquí, y que es en donde ha habido tradicionalmente un mayor rodaje.

5.4. CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES ARBITRALES: LA CLÁUSULA, COMO PROBLEMA DE FORMALISMO Y ESPIRITUALISMO JURÍDICOS

Al encontrarnos en una materia que puede decirse que sigue estando en sus primeros balbuceos, quizá sea bueno entrar en un punto, no en todos, en los que la mayor aceptación o promoción del arbitraje, como es en materia mercantil, ya tiene su experiencia.

En materia de acceso a los Estatutos o en los convenios particulares sobre arbitraje, en la LPH, hay que entender aplicable el artículo 5.1 LA, sobre todo en su parte final, y según el cual,

«El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir la decisión».

Esta matización ha sido estimada por la mayor parte de los comentaristas, como «desafortunada» o «innecesaria», u «obvia» (20). Lo han hecho —que nosotros sepamos— referidos a acuerdos societarios sobre arbitraje en materia mercantil, en donde, por la dinámica socioeconómica en un momento de desarrollismo, material más que jurídico o ético, se han prodigado, no me atrevo a decir, si en exceso o con exageración.

El artículo 5 habla de una «*voluntad inequívoca*» de someterse a arbitraje para todas o parte de las cuestiones litigiosas de presente o de futuro. Y al final, después de tan amplia generosidad y de la contundencia de aquella, exige que «*se exprese la obligación de cumplir tal decisión*».

Parece ser que tal expresión se añadió en el trámite parlamentario, sin grandes explicaciones. De aquí, aquellos calificativos de obvia e innecesaria. A veces hay contradicciones en la argumentación doctrinal. Y otro tanto ocurre con determinadas sentencias (21).

La problemática de la nulidad o anulabilidad —que no produce iguales efectos—, la ausencia de esa expresión «*obligación de cumplir la decisión*» deriva de un planteamiento más o menos formalista o espiritualista (22) en la concreción del arbitraje. Pero entendemos que es una cuestión de hermenéutica jurídica. Acaso en la tramitación o comisión correspondiente parlamentaria, más legal en Derecho que en la Comisión General de Codificación, se pudo advertir, en su seno, ese tipo de corrientes para exigir un mayor o menor rigorismo, de la misma manera que también existe, entre los propios juristas, los más o menos abiertos al arbitraje. O para procurar un estímulo y una pedagogía social ante el cambio y el avance que la ley suponía.

Ahora bien, aunque los requisitos de forma no tienen un valor en sí mismos, y en apariencia, y en principio, pudieran aparecer como contrarios

(20) Especialmente, LORCA NAVARRETE y REQUERO CAMPOS, aunque la verdad es que, observando Derecho Comparado, debiéramos ser dogmáticos o aplicar, en su caso, aquellos de nuestros maestros, «*lo que abunda no daña*», sobre todo en una visión pedagógica (RECASENS SICHES), o anticipadora (PERELLMANN) de la Ley. Vid. nuestro trabajo *Selección, formación y especialización del profesional de la Administración de Justicia*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2003.

(21) Pueden verse, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18-1-1993, o las de la sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fechas 31-12-1996 y 27-2-1997, pero como observa CAMPO VILLEGAS en el trabajo citado, *El arbitraje*, pág. 1617, también estos criterios no siempre van coherentes. Pero —añadimos nosotros—, es que tampoco la materia es idéntica.

(22) Vid. GARRIDO GÓMEZ, en la obra *Criterios*, ya citada, pág. 35, al estudiar los antecedentes y doctrina general del arbitraje, planteando lo que tenga de función, con cita de la doctrina de JARROSON y LENOBLE, entre otros. Nosotros hemos trabajado en el área iusfilosófica sobre esas dos corrientes formalismo-espiritualismo, en la norma jurídica, a partir de una crítica constructiva de un «*con Kelsen*», pero «*más allá de Kelsen*». Desde ese vértice en donde mejor se puede reflexionar, vid. no obstante, nuestra obra, *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, Madrid, 2003.

al espíritu de libertad para solucionar los conflictos de intereses por la vía del arbitraje, no hay que olvidar una orientación, si se quiere más «razonable», como la llamaría RECASENS, que haga recomendable la sumisión expresa de la decisión. GARRIDO GÓMEZ se inclina por sostener que «*la función arbitral engloba necesariamente la aplicación de criterios de discrecionalidad y de equidad, y que al sustraer en principio a los tribunales tales decisiones, ha de existir una expresa declaración en tal sentido*» (23).

Junto a esos criterios orientadores, nos inclinamos porque se cumpla esa exigencia del artículo 5 LA, por razones prácticas: primero, porque se trata de cláusulas que han de figurar en los Estatutos de Propiedad Horizontal, o en un convenio especial *ad hoc*, en una materia o campo, diferente a la fenomenología de lo mercantil o societario, sobre la que versaban aquellas sentencias. Y, además, como también hemos antes adelantado, estamos en fase de experimentación y de aplicación y estimulación progresiva. Y por lo tanto, en esta materia de propiedad horizontal y de arbitraje parece conveniente cumplir los requisitos formales estrictos en espera de que una jurisprudencia registral o judicial nos permita prescindir de la expresión «*sometimiento y obligación de cumplir la decisión arbitral*».

5.5. ARBITRAJE SOBRE ACUERDOS DE LAS JUNTAS DE PROPIETARIOS

La LPH, en su nueva redacción en 1999, regula en el artículo 17, las reglas de los acuerdos de las Juntas de Propietarios, bien por unanimidad, bien por el régimen de mayoría correspondiente. Según expresamente se detalla. No es materia para entrar aquí, salvo para advertir dos tipos de cuestiones:

Unas, que me parecen obvias, pero que pueden ser prácticas: las reglas establecidas de mayoría y minorías, tan detalladas y con signos de menor rigor que en la anterior Ley, no pueden ser alteradas por cláusulas de arbitraje. Por lo tanto, no pueden modificarse ni tampoco los supuestos de validez, no el procedimiento, por pacto arbitral. Distinto sería en cuanto a la ejecución.

Y otras, las derivadas del artículo 18 LPH, en tanto en cuanto establece los supuestos en que los acuerdos de la Junta de Propietarios son impugnables antes los Tribunales (los contrarios a la ley que resultaren lesivos a la Comunidad o de grave perjuicio para algún propietario).

Precisamente de este precepto —remisión a lo jurisdiccional—, es de donde se deriva y surge potencialmente la viabilidad de las cláusulas arbitrales, siempre que se respeten, en el contexto, los límites de la Ley. La casuística, y aun la hermenéutica jurídica que supondría, sería casi inagotable. Aquí

(23) En *Criterios*, pág. 38.

la hemos señalado como una pauta, serena, sosegada y equilibrada para que lleve a la confianza a las fórmulas arbitrales, ya en Derecho, ya en equidad.

5.6. CONTENIDO OBLIGACIONAL

Otra área de las cláusulas de arbitraje se encuentra, a nuestro modo de ver, en lo que son *cumplimiento de obligaciones*, que llamaríamos «ordinarias» del copropietario. Con la Comunidad como posibilidad de una decisión no estrictamente judicial.

En el artículo 9 se enumeran una serie de apartados, del 1.a) al 1.i), detallando —unas veces con más generalidad que otra—, lo que son obligaciones de cada propietario, como fuente de relaciones normales, para con la Comunidad: desde el adecuado uso y mantenimiento de los elementos comunes y privativos, las reparaciones, los fondos de reserva, los gastos necesarios o la realización de obras (art. 10), etc. Aquí surge la pregunta, ¿puede decirse genéricamente o no, sobre qué tipo de obligaciones cabe la decisión litigiosa ser sometida al juego arbitral? Lo que nos interesa en principio es afirmar que no vemos inconveniente en que se establezca una fórmula amplia, ya que de dichos preceptos citados no se desprende ninguna limitación por adscripción imperativa a los jueces, como, por ejemplo, sucede, en sentido contrario, con el artículo 13 —órganos de gobierno—, precepto en el que en varios momentos se alude a la obligación de acudir al juez.

Ahora bien, el principio de concreción —y que anteriormente hemos mencionado— podría hacer aconsejable la selección de aquellas cuestiones o materias que, si se hiciesen litigiosas, habrían de ser sometidas a convenio arbitral. Lo importante —como diría ORTEGA Y GASSET para la filosofía— es la claridad, para que la generalidad no implique a su vez una fuente de pleitos. Sería mejor pecar por defecto que por exceso: aquellos que no estuviesen nominados sería lo que quedaría para la vía ordinaria.

También cabría aquí apelar a las experiencias prácticas de los propios Administradores de Fincas, como gestores y profesionales de las Comunidades. Porque cada una es un modelo, es un mundo, una singularidad. También aducir —parecidamente a lo que hemos dicho para otros supuestos—, dos circunstancias: una, no abusar de una predisponibilidad del legislador arbitral y de la propiedad horizontal en esta fase de comienzos y de rodaje, aconsejable también por prudencia jurídica; y, otra, adecuar la opción al tipo, peculiaridad o complejidad de la Comunidad de que se trate. Podemos decir —y no por falsa modestia— que cuando la colaboración de promotores, administradores potenciales, notarios, abogados y registradores, sea un hecho, se pueden hacer —y hemos hecho— verdaderas filigranas que han podido tener acceso de las cláusulas estatutarias a los Registros Inmobiliarios, con

una efectividad y atractivo para los futuros ocupantes de locales, de pisos, de instalaciones comerciales, etc. Aprovechando, repetimos, la flexibilidad de las legislaciones *ad hoc*, pero respetuosos y prudentes, nada utópicos, respecto a la eficacia concreta de las materias sometidas a arbitraje.

5.7. EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE LABORAL

Expresamente, por otra parte obvio, con arreglo a la legislación laboral, «*quedan excluidos del ámbito de la presente ley (LA) los arbitrajes laborales*» (24). Esta conciliación tiene su regulación en la Ley de Procedimiento Laboral. La reforma de la LPH de 1999, en el párrafo segundo de su artículo 9, tiene curiosamente una mención al Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la preferencia de los créditos salariales.

Se sobreentiende que esta exclusión expresa es para aquellos supuestos concretos —empleados de fincas urbanas, conserjes, empleados, guardas de garajes, etc.—, con los cuales hay una relación laboral, pero no para otros supuestos posibles de relaciones de servicio más singulares, de naturaleza civil o mercantil.

5.8. DERECHOS Y OBLIGACIONES CON TERCEROS

Las Comunidades no sólo tienen unas normas de vida interna, entre los copropietarios, entre sí, y con la propia Comunidad, sino que para llevar a cabo sus fines, necesitan el concurso de terceros, para las realizaciones de obras, proveedores, uso de ascensores o de servicios especiales, que se manifiesta en contratos típicos: revisión de instalaciones, ascensores, antenas, protección de medio ambiente, reparaciones, suministros para calefacción o refrigeración, etc., que encajan en los llamados arrendamientos de servicios.

Éste es un campo también abonado para las cláusulas arbitrales, en cuanto se da a la Comunidad la potencialidad de acudir a fórmulas de aquel tipo, sin tener necesidad de someter cada vez a la Junta esa vía arbitral siempre que, naturalmente, la otra parte lo acepte. Aquí sí que cabe establecer cláusulas más amplias para que en cada caso de contratación de terceros pueda hacerse de esa facultad, ya que se trata de operaciones más singulares que están normalmente en la órbita civil o mercantil.

(24) Es el párrafo segundo del artículo 2 LA, ya que en materia laboral, las singularidades de la conciliación han tenido siempre un gran interés.

6. LAUDOS ARBITRALES Y SU ACCESO AL REGISTRO INMOBILIARIO

6.1. VERIFICACIÓN DEL ARBITRAJE: FIRMEZA Y VALOR EJECUTIVO DEL LAUDO

La vivencia de lo jurídico, que es paso previo a su efectividad, ha sido siempre la preocupación de los legisladores, de los justiciables, y de los juristas. El laudo es el final del camino, agotando la potestad o facultades de los árbitros. De nada valdría —o de muy poco— toda disección hermenéutica o doctrinal, si no se encontrase al arbitraje el medio instrumental de su verificación. Esto está consagrado, casi con énfasis, en el artículo 37 de la vigente LA, a cuyo tenor,

«El laudo arbitral firme produce los efectos de cosa juzgada. Contra el laudo mismo sólo cabrá el recurso de revisión conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales» (anteriormente, se refería a la casación).

La problemática es general, y los principios rectores y su cuestión, se encuentra más comentada o estudiada en materia mercantil, no sólo en el ámbito español, sino que así se apunta y vislumbra también en el Derecho Comunitario, especialmente por lo que se refiere a los órganos e instituciones arbitrales y a las materias (25).

6.2. PECULIARIDADES DE LA REGISTRACIÓN DE LOS LAUDOS: REQUISITOS

La posibilidad de inscripción de los laudos es imprescindible en tanto en cuanto pueda alterar una situación jurídica con efectos hacia terceros. De tal manera que con ello —al estar los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales de justicia—, los principios hipotecarios de presunción, de legalidad y de legitimación (26) en las controversias, no quedarían reflejados si no tuviesen acceso al Registro.

Si el laudo arbitral produce los efectos de cosa juzgada, tenemos que colegir su semejanza con las «resoluciones judiciales», a las que se da acceso al Registro de la Propiedad, cuando la normativa hipotecaria habla de aqué-

(25) Vid. los trabajos de Díez CLAVERO, *Posibilidades del arbitraje en el Derecho Comunitario*, Libro-Homenaje, obra citada en la nota 2 precedente, pág. 1641 y sigs., y MANUEL LÓPEZ MEDEL, «Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial», en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, mayo 1999.

(26) Habrán de tenerse en cuenta, entre otros preceptos de la LH, los artículos 20, 34, 38 y 41, en los que se contienen, fundadamente, aquellos principios hipotecarios.

llas al referirse a «*cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes*». Queda más abierto o aclarado en el artículo 10 RH: «*sino también todas aquellas Resoluciones (27) que produzcan una u otra incapacidad aunque no la declararen de un modo terminante*».

Los problemas específicos serían, por de pronto, los propios de una calificación registral aplicable, en cuanto a las resoluciones judiciales. Sin ser exhaustivo, sino orientador, vamos a citar algunas de ellas:

6.2.1. *El tracto sucesivo*

Habrà de entenderse, en cuanto a la exigencia de la preinscripción de la cláusula o convenio arbitral, ya que éste constituye la base instrumental previa, y tal como conste en los Estatutos de Propiedad Horizontal, o como convenio arbitral específico.

6.2.2. *Documentación pública*

La exigencia de documentación pública deviene de la legislación hipotecaria, aunque la LA sea más liberal en la forma.

6.2.3. *Documentos complementarios*

La presentación del laudo, con los requisitos formales establecidos en la LA, han de acompañarse del convenio, salvo que éste —como señalábamos antes— estuviese preinscrito. (Sería recomendable adjuntarlo, en todo caso.)

La calificación se extiende a los documentos complementarios, de una manera especial, como es obvio, al laudo propiamente dicho con el documento público notarial que lo protocolice.

6.2.4. *Calificación competencial*

Se puede discutir si alcanza también a la competencia del Juzgado o Tribunal, así como a la competencia del árbitro. La cuestión, aunque en la doctrina y en las tendencias de las Resoluciones de la Dirección General de los Regis-

(27) Los glosadores de esos dos preceptos (art. 2.4.º LH y art. 10 RH), con apoyo de la doctrina y jurisprudencia, en el concepto de «*resolución judicial*» se entienden comprendidos los autos. Y por parecidas razones, los laudos.

tros y del Notariado, no son definitivas —tampoco es tema para nuestro trabajo—, nosotros, sin polemizar en exceso sobre esta cuestión, aconsejaríamos dar entrada a la calificación por el Registrador sobre estos extremos. Por lo menos, hasta que pudiéramos tener una jurisprudencia más rica o una legislación más clarificadora. Hay sistemas, como el peruano, en los que está vetada la calificación registral a las resoluciones y respecto a la competencia (28).

6.2.5. *Materias-objeto*

Estarán siempre de acuerdo con los principios de concreción o de libre disposición, en el sentido antes expuesto, como materias propias del laudo y con las prohibiciones consiguientes, como la de los laudos arbitrales. También quedan fuera aquéllas no previstas en el convenio. Pero siempre será útil la calificación que ofrecerá mayores garantías y contribuirá a una seguridad jurídica superior.

Criterio de semejanza con las resoluciones judiciales, no como los asuntos extrajudiciales. Lo que sí habrá es un límite específico, según sea arbitraje, en equidad o en Derecho. La violación de aquel límite; los desequilibrios no entran en juego.

6.2.6. *Los plazos. ¿Mandamiento judicial?*

Sí son materia de calificación el cumplimiento de los plazos, la del procedimiento, sea el legal o el preestablecido en su caso, los formales de la protocolización notarial y los derivados de los que pudiéramos denominar «congruencia» entre el mandato con el procedimiento (29).

El laudo es directamente inscribible, como una ejecutoria. Nosotros entendemos que no es necesario un mandamiento judicial por analogía con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil, y siempre que se pueda adaptar a la normativa del sistema hipotecario (30).

(28) Lo conocemos por los «Encuentros Registrales Latino-Americanos», celebrados en 1998 y 1999, en los cuales va predominando la eliminación de la calificación registral ante las resoluciones judiciales. Y así les va. Porque ante la movilidad de la propiedad inmobiliaria todo refuerzo en la seguridad jurídica debe dejar de lado las meras competencias «corporativas».

(29) Vid. el artículo 97 y sigs. de la LH en su primitiva y en su actual redacción por la reforma de la Ley de Acompañamiento de 2001.

(30) No tratamos aquí de la firmeza de los autos y su fuerza ejecutiva en los términos del Título VIII, *De la ejecución forzosa*, artículos 52 y sigs., y sus recursos. El acceso del laudo al Registro es a partir de su firmeza.

Una *conclusión final*: en un Estado democrático y social de Derecho, los instrumentos jurídicos no pueden ser rémora, sino aliciente, entre las situaciones nuevas (31). Las mutaciones en la propiedad urbana, singularmente en la vivienda, su acceso a ella, y a su vez, la complejidad y cuantía económica de las obligaciones, inversiones y relaciones con terceros, nos animan a reiterar que el acceso de las cláusulas, convenio y laudos arbitrales no sólo es posible sino deseable. Seguir insistiendo en esa toma de conciencia del problema ha sido mi mayor preocupación en este trabajo (32).

JESÚS LÓPEZ MEDEL

Registrador de la Propiedad

(31) En el acto de presentación del número 40 de la revista *Persona y Derecho*, editada por la Universidad de Navarra, celebrado en Madrid el día 16-10-2002, el Presidente del Tribunal Constitucional, JIMÉNEZ DE PARGA, comentando el contenido monográfico de ese número «*Cambio social y transición jurídica: 20 años de jurisprudencia constitucional*», que animaba a entender que el Derecho no debiera ir a remolque de los acontecimientos.

(32) Es evidente que aunque nuestra investigación se apega a la realidad jurídica y social española, no perdemos de vista los aires de una mayor generalidad, sobre todo si partimos de lo que nosotros hemos apuntado en unos *Principios hipotecario-registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización* (pendiente de publicar).

Tributación de la igualación de rango

SUMARIO: LAS DOS CLASES DE IGUALDAD DE RANGO.—LA BASE IMPONIBLE EN LA IGUALACIÓN DE RANGO.—EL SUJETO PASIVO.—LA TOTAL RESPONSABILIDAD.—EL DERECHO QUE EMPEORA.—DEFECTUOSA BASE IMPONIBLE.—EL RESPETO A LOS ACREEDORES INTERMEDIOS.—LA NEGOCIACIÓN SOBRE EL RANGO Y EL IVA.—LA POSPOSICIÓN DE HIPOTECA.—LA IGUALACIÓN DE RANGO Y LA CONDICIÓN SUSPENSIVA.—APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—IGUALACIÓN Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Ha suscitado un tropel de perplejidades esa escueta normativa de la Ley 53/2002, de 30-12-2002, que modifica el ITP el cual, en su artículo 30 remozado preceptúa: «En la igualación de rango, la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en *primer* lugar».

Ciertamente la redacción es desafortunada, pues, a primera vista, carece de congruencia que entre derechos iguales en rango, pueda postularse la existencia de un primero y de un segundo; si son rigurosamente iguales todos serán primeros, segundos... Pero con una hermenéutica gramatical más profunda puede vencerse el aparente esoterismo de esta regla y encontrarla algún sentido. Y así pienso que lo que el legislador ha querido decir (pero lo dice muy mal, ciertamente) es que en las igualaciones de rango propias (ya veremos después que puede haber otras impropias) la base de tributación coincidirá con la total responsabilidad atribuible al derecho de garantía que mejora de rango en virtud de la igualación.

Creo que ésta es la única solución lógica. Y voy a tratar de justificarlo en los párrafos que siguen. Como en las películas retrospectivas (que estuvieron de moda en mi juventud) empiezo por el final y he de retroceder hacia la argumentación que sirva de premisa para la conclusión sustentada.

LAS DOS CLASES DE IGUALDAD DE RANGO

Dada la libertad pacticia que preconiza el artículo 1255 de nuestro Código Civil, podemos sostener la posibilidad de dos negocios diferentes en virtud de los cuales se logre abocar a una igualdad de rango que no contradiga ni a la ley, ni a la moral ni al orden público. Responden a dos momentos temporales diferentes:

- a) *Igualdad de rango pactada inicialmente cuando ninguno de los derechos de garantía está todavía inscrito y en virtud de un pacto que originará la registración simultánea de los derechos reales con un mismo rango, aunque por necesidades formales de los folios de la finca, uno de ellos figure después del otro*

En este caso, cada derecho debe tributar por la base imponible que corresponda a la obligación que cada uno e independientemente garantiza. Se liquidará, pues, como un supuesto normal de constitución de dos hipotecas diferentes, sin que el pacto sobre el rango igualitario tenga trascendencia fiscal.

A entenderlo así nos obliga el artículo 9 de la LGT, que invoca como supletorias del ordenamiento fiscal a las regulaciones sustantivas. Y en el Derecho Hipotecario, para que existan negociaciones sobre el rango registral, se requiere que uno al menos de los derechos en contraste esté previamente inscrito (vid. art. 241 del Reglamento Hipotecario sobre la posposición de hipoteca).

Lo normal (mejora, permuta de rango) es que los dos derechos que entran en la negociación estén anteriormente (antes del contrato sobre el rango) inscritos.

Y es que el rango hipotecario es una atribución de los derechos que están previamente inscritos. Sin registración no hay rango. Tendrá que haber inscripciones primeras, segundas... y sucesivas para que los titulares de los derechos que las causaron puedan negociar sobre su prioridad tabular.

Inscritas dos hipotecas simultáneas con el mismo nivel de antigüedad, los posibles actos jurídicos sobre el rango sólo podrán empezar a partir de ese mismo momento en que se han inscrito y en que por el hecho de su constatación en los libros ya han consolidado un rango, aunque inicialmente resulte neutro por el hecho de la igualdad ordinal y jurídica.

- b) *Igualación de rango lograda a posteriori*

En este supuesto sí que se dan todos los requisitos de un auténtico convenio sobre el rango, porque el rango preexiste a los acuerdos de las partes sobre el mismo.

La norma que analizamos emplea con propiedad (tal vez impensada) la palabra *igualación*.

Dos cosas pueden ser *iguales ab initio*, desde siempre. Pero las cosas se *igualan a posteriori*. Si dos cosas se *igualan* es porque antes eran diferentes. Para hacer que una cosa sea igual a otra (*igualarlas*) se precisa que antes no lo fuera; que las cosas fuesen desiguales.

Es por ello que la *igualación* de rango, a la que se refiere el artículo analizado, parte de la premisa de que antes los rangos eran diferentes porque, por ejemplo, se convierten en dos primeras hipotecas, una que ya lo era y otra que tenía el rango de cuarta. Esta última se *igual*a con la primera y adquiere un rango que antes no tenía. Aquí sí que se puede gravar con toda propiedad y justicia la disposición sobre el rango, porque la hipoteca inicialmente primera pierde en parte su jerarquía al condescender en homogeneizar su jerarquía tabular con otro gravamen que tenía peor rango y este último mejora de posición, *adquiere* una prioridad que antes no tenía y por esta adquisición debe pagar.

Fiscalmente en un supuesto de igualación de rango y en un orden sucesivo en el tiempo se habrán producido las siguientes liquidaciones: *a)* Al constituirse la hipoteca primera satisfaría el impuesto, en su día, sobre una base imponible coincidente con el total capital garantizado; *b)* Al inscribirse la hipoteca cuarta (que va a mejorar de rango) también tributó, en su época, por el importe de la total obligación que garantizaba; *c)* Ahora, al mejorar de rango esta cuarta hipoteca e *igualarse* con la primera, surge un nuevo acto liquidable, basado en la *adquisición* de un *rango* preferente del que antes adolecía y por este logro debe tributar en la forma indicada por la norma que estamos interpretando.

LA BASE IMPONIBLE EN LA IGUALACIÓN DE RANGO

Para conferir sentido al cabalístico precepto es preciso que analicemos temporalmente los tiempos verbales empleados en el mismo. Es clave en este artículo el inciso: «el derecho de garantía *establecido* en primer lugar».

La lógica requiere que nos situemos en el derecho que se *establece* en el momento de perfeccionarse el negocio referente al rango hipotecario, cuya adquisición es objeto de liquidación al gravarse la igualación de rango.

Porque la hipoteca que ya tenía el rango de primera, ya tributó en su día y ahora al ceder parte de su privilegio a favor de otro gravamen no logra una fracción de ese rango, sino que la pierde y por esta desventaja no se tributa, ya que, a lo sumo, por su cesión habrá percibido un dinero, pero según la ley las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes enajenados están exentas.

Por la igualación de rango (figura híbrida y aglutinante, que conlleva una parcial posposición de la primera hipoteca o, si se quiere, una parcial pérdida de rango de esa primera hipoteca y a la vez una parcial mejora de rango de la hipoteca cuarta), *el derecho de garantía establecido en primer lugar* es el que tenía la calificación de cuarta hipoteca y en virtud del contrato nuevo que ahora debe liquidarse se le conduce al primer lugar que antes no tenía.

No se olvide que en el impuesto de transmisiones patrimoniales el que paga es el que adquiere la cosa o el derecho (el rango, en nuestro caso, como facultad tabular inherente al derecho) y no el que la enajena, que al adquirir el precio sinalagmático goza de una exención expresa.

Se ha establecido (en virtud del nuevo pacto) en el primer lugar al que antes no tenía ese lugar; por el contrario, al que ya gozaba de primera hipoteca no hay que *establecerlo* en ella. Es cierto que nadie da lo que no tiene, pero también es verdad que a nadie se le da lo que ya tiene. Se adquiere lo que no se tiene, no lo que ya se tiene. Repugna al sentido filosófico del derecho que alguien pueda readquirir lo que ya es suyo, pues sería él mismo, que ya es dueño, el que se vendería a sí mismo, y esto es una monstruosidad jurídica, conceptualmente inaceptable.

«Establecido en primer lugar» o en segundo, en tercero... en el lugar a que conduzca la igualación. No podemos exigir al legislador un adecuado casuismo expositivo cuando nos ha demostrado, con sus impropiedades, que es muy romo en el manejo de los conceptos y de las situaciones gravables.

EL SUJETO PASIVO

a) En *la igualación de rango*, como hemos visto, lo es el titular del gravamen que mejora de rango en virtud del igualitarismo conseguido. Y esto es lógico porque es congruente con las premisas fiscales del ITP, según las cuales quien debe contribuir es el que adquiere el derecho o facultad que antes no tenía, deviniendo, por el contrario, exento el que adquiere el dinero.

b) En este artículo 30 de la ley se contiene una previsión más afortunada para la *posposición y mejora de rango*. Según el legislador, en estos casos: «la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore de rango». Indirectamente, de esta regla podemos deducir cuál sea el sujeto pasivo en la posposición y mejora de rango.

Ésta es una norma lógica y adecuada a los postulados del sistema, según los cuales debe pagar el que adquiere la cosa o derecho, no el que la pierde (aunque a cambio obtenga dinero).

Pero en la posposición pierde el rango el que retrocede; no adquiere una posición prevalente y por esta razón no debe tributar.

En cambio el que mejora, el que accede a una posición privilegiada que antes no tenía, sí que *adquiere* un rango (derecho en sentido amplio, si se nos permite esta licencia calificadora). Por tanto, lógicamente, el sujeto pasivo debe ser el que mejora de rango (que es el que adquiere) y no el que *empeora* de rango. Es decir, todo conforme a lo propugnado por el legislador.

LA TOTAL RESPONSABILIDAD

Esta expresión, como coincidente con la de base imponible, se emplea en la ley al tratar del régimen aplicable a la posposición, mejora e igualación de rango.

Pese a la impropiedad jurídica de identificar débito y responsabilidad, lo cierto es que si estudiamos conjuntamente los varios párrafos de este artículo 30, advertimos que el legislador utiliza indistintamente las expresiones «total importe de la responsabilidad» y esta otra: «el importe de la obligación o capital garantizado».

La totalidad exigida alude a una consideración global de la obligación garantizada, ya que la base imponible se integra no sólo por el débito principal, sino también por los otros ingredientes garantizados: los intereses, las indemnizaciones a que hubiere lugar, las penas por incumplimiento u otros conceptos análogos.

En el Derecho Hipotecario Sustantivo, la cobertura alcanza al capital, intereses y costas. Entre los borrosos «conceptos análogos» a los que alude el precepto y por mucha elasticidad que quiera conferirse a la norma, no creo que estén comprendidas las costas, por cuanto, al liquidar la hipoteca, se desconocerían dos variables: ni se sabe si habrá, en el futuro, que reclamar judicialmente la devolución de lo prestado y también se desconocen, por el momento, en el caso de abocarse a una controversia judicial, cuál será el montante exacto de las costas irrogadas.

Ciertamente, pretender incluir las costas en la base imponible, introduciría una imprecisión perturbadora en su cuantificación.

Como vemos, la base *totalizadora* sólo es exigible en los préstamos garantizados. En los mutuos simples la base imponible estará determinada exclusivamente por el montante de lo prestado.

EL DERECHO QUE EMPEORA

Ya hemos visto que, acertadamente, lo toma de referencia la ley para cifrar la base imponible en la *posposición y mejora de rango*. La benevolencia recaudadora resalta con este ejemplo: se pospone una hipoteca de

60.000 euros y se antepone otra de 240.000 euros. Hacienda percibirá el impuesto sobre una base de 60.000 (más las prestaciones accesorias) y dejará de cobrar el tributo por esos 240.000, que adquirirán un rango prevalente sin secuelas fiscales, gracias al acierto del legislador.

Y no se nos objete que el trueque de las prioridades podría ser al revés. No es presumible que quien goce de un crédito voluminoso y privilegiado vaya a posponer su mejor garantía, poniendo en peligro sus futuras percepciones. Las entidades financieras, que son las que otorgan préstamos cuantiosos, se aferran a todo tipo de garantías y cautelas que hagan posible la recuperación de lo prestado.

DEFECTUOSA BASE IMPONIBLE

En la igualación a posteriori (única propiamente dicha) es excesivo obligar a tributar por la cuantía de la hipoteca que mejora de rango. Pensemos en una hipoteca cuarta por 4.000 millones de pesetas que se antepone convencionalmente a otra primera, que gravaba la finca por 100 millones de pesetas. Aquella hipoteca cuarta ya contribuyó en su día por su total cuantía, más las prestaciones accesorias. Es desmesurado obligar al acreedor a contribuir sobre esa misma voluminosa base cuando su mejora se restringe a la prioridad de 100 millones que yugulaba su posibilidad de realización total. En una ejecución forzosa de la finca, este acreedor rezagado sólo sufriría la posible incautación de esos 100 millones con que habría que satisfacer al acreedor primero. Esto es lo que gana con la variación del rango y no los 4.000 millones que ya le pertenecían como acreedor.

Ésta era la solución cuasi acertada que propuso el TEAC en su fallo de 10-2-1994. Es una regla casi perfecta si analizamos en qué mejora el crédito del titular antepuesto. El TEAC aplicó este enjuiciamiento a la posposición de hipoteca, pero es válido para la igualación en cuanto presupone, a la vez, una posposición parcial del acreedor de mejor rango. Y éste es también el criterio sustentado en la reforma legal cuando cifra la base imponible en la responsabilidad de la hipoteca que empeora de rango, tratándose de la posposición.

Aunque la fórmula legal es mejorable si, con más precisión, atendemos al exacto montante de lo que ganará el acreedor ascendido cuando se produzca la enajenación forzosa de la finca (como veremos en el epígrafe siguiente «la posposición de hipoteca»).

EL RESPETO A LOS ACREEDORES INTERMEDIOS

Entre la primera hipoteca (que grava la finca en 100 millones) y la cuarta (por una responsabilidad de 4.000 millones) existen las hipotecas segunda (por 200 millones) y tercera (por 300 millones). Si la antepuesta hipoteca cuarta adquiriese una prioridad total por el hecho de pasar a ser primera hipoteca (que es lo que justificaría aceptar una base tan exorbitante como la propuesta por el legislador), evidentemente peligrarían las hipotecas segunda y tercera porque en la ejecución forzosa la hipoteca antepuesta probablemente agotaría la totalidad del valor en cambio del bien hipotecado, con total demérito de los acreedores intermedios.

Por eso (vid. el luminoso anteproyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944) el legislador admite la negociación sobre el rango siempre que no perjudique los derechos de terceros.

La mejora de la hipoteca cuarta que adquiere el rango de primera sólo debería ponderarse fiscalmente en la cuantía de 100 millones de pesetas (que era la responsabilidad de la anterior hipoteca primera, ahora de peor rango) y por eso se postula esa base para las posposiciones. Claro está que esta limitación en cuanto al rango gravable y la bifurcación a que aludimos en el párrafo siguiente, sólo deben operar cuando puedan ser perjudicados los derechos de terceros intermedios. En una posposición en la que sólo estuviesen implicadas dos hipotecas (la que se pospone y la que se antepone) no tienen por qué existir cortapisas.

Así las cosas, la hipoteca cuarta (ahora primera) se bifurcaría en dos valores separados: pasaría a ser primera en cuanto a 100 millones de pesetas, y seguiría siendo cuarta en cuanto a los restantes 3.900 millones. Lo contrario podría constituir un estímulo para propiciar los fraudes y las estafas contra los titulares intermedios, alentando las confabulaciones de los contratantes sobre el rango. Además así lo exigen el respeto a la buena fe y al básico principio de las *res inter alios acta*, las cuales *aliis neque nocet, neque prodest. De lege ferenda*, esta bifurcación de valores parece la solución ideal.

Evidentemente esta base imponible cuasi perfecta (la responsabilidad del gravamen que empeora de rango) es la mejor de todas las que sucesivamente ha ideado el legislador. Mejor, indudablemente, que la base sugerida por el TR de 6 de abril de 1967, en que el impuesto debía gravitar sobre el precio convenido por la operación o, subsidiariamente, sobre el 5 por 100 de la obligación garantizada por la hipoteca que mejora de rango. Este porcentaje reducido era más prudente que el 100 por 100 actual.

El precio es un valor declarado y no resulta tan afinado como la valoración estricta de la ventaja conseguida con la mejora del rango, ya que en el precio pueden influir muchas variables.

Y el 5 por 100 es un baremo caprichoso. Podría escogerse con la misma gratuidad cualquier otro porcentaje (el 2, el 6, el 10 por 100...).

Para un estudio más extenso de la posposición de gravámenes y sobre todo para el análisis de las posposiciones entre hipotecas y condiciones resolutorias explícitas de las compraventas puede consultarse mi libro *El impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales* de Editorial Bosch, año 1996, págs. 117 y sigs.

LA NEGOCIACIÓN SOBRE EL RANGO Y EL IVA

Las operaciones financieras (préstamos, depósitos...) realizadas por empresarios (Bancos, Cajas de Ahorro...) están sujetas al IVA y en este tributo gozan de exención expresa.

Si los negocios sobre el rango (habituales u ocasionales) se concluyesen entre empresarios (todas las hipotecas parangonadas pertenecen a entidades crediticias) evidentemente podría sostenerse que el contrato debería sujetarse al IVA (en el que no hay nada previsto sobre negocios atinentes al rango). Y de ahí que el TEAC, en la Resolución de 10-2-1994, postulase la exigencia del impuesto sobre los AJD.

Si los dos, o al menos uno de los intervinientes, es un contribuyente no empresario, debe tener plena aplicación la dogmática jurídica estrenada por la Ley 53/2002.

LA POSPOSICIÓN DE HIPOTECA

Para dilucidar su adecuada tributación conviene analizar las mutaciones jurídicas que tal negocio genera.

Cuando entre dos acreedores hipotecarios de diferente rango se conviene en que el mejor situado retroceda en su posición jurídica en beneficio del de inferior jerarquía, desde un punto de vista jurídico-económico se producen estas consecuencias:

1. La hipoteca más antigua pierde beligerancia realizadora. Aunque el retroceso del puesto hipotecario se consienta a cambio de una ventaja pecuniaria, el acto resultará no gravable porque gozan de exención expresa las entregas de dinero en pago de créditos, y dinero sería lo que percibiría, por su postergación voluntaria, el titular de la hipoteca replegada en su rango.

2. La hipoteca más moderna mejora de rango y esto significa una evidente ventaja que puede suscitar suspicacias recaudatorias en el Fisco.

La tributación de esa ventaja económica habría que encauzarla por los derroteros del artículo 10 del vigente Reglamento, que considera como transmisiones patrimoniales sujetas a las constituciones de derechos reales, debiendo liquidarse por este concepto «la ampliación posterior del contenido de un derecho (por ejemplo, la hipoteca que progresa de rango) que implique para su titular incremento patrimonial, *el cual servirá de base para la exigencia del tributo*».

El inciso entrecomillado plantea serias dificultades a la posible tributación. Porque la base liquidable, en el supuesto que contemplamos, ha de venir representada por el incremento patrimonial. Si una hipoteca, segunda en rango, por una responsabilidad de tres millones grava una finca valorada en cuatro millones de pesetas sobre la que pesa una primera hipoteca de otros tres millones de pesetas al anteponerse aquélla. ¿Cuál es el incremento patrimonial experimentado? No debe olvidarse el problema que suscita la depreciación valorativa que suele producirse en los casos de ventas forzosas de las fincas en los procedimientos judiciales.

Si en la subasta se hubiera conseguido que se mantuviera, como precio de remate, el valor de los cuatro millones en que está tasada la finca (lo cual es poco probable) pudiera pensarse que el incremento conseguido por la hipoteca progresista era de dos millones de pesetas. En efecto: si en la enajenación se hubieran conseguido cuatro millones de pesetas, la primera hipoteca obtendría tres y la segunda sólo cobraría el millón sobrante, con lo que quedarían sin cobertura los dos millones restantes. Al anteponerse de rango, la segunda hipoteca conseguirá la satisfacción total de su crédito, no quedarán sin saldar los dos millones marginales y será la hipoteca pospuesta la que experimentará esta pérdida.

Para que esta liquidación fuera viable habría que aplazar su práctica hasta que la subasta tuviese lugar, que será el momento en que podrá saberse el precio realmente obtenido por la finca y si el mismo bastó para cubrir las distintas responsabilidades hipotecarias y, en caso contrario, poder cuantificar el alcance económico conseguido con la anteposición hipotecaria.

LA IGUALACIÓN DE RANGO Y LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Las entidades financieras han ideado una fórmula ingeniosa con la que tratan de soslayar los inconvenientes que podría irrogarles la anteposición de una hipoteca subrogada. El supuesto de hecho se produce cuando un banco, acreedor hipotecario, es instado por su deudor para que le conceda un nuevo crédito con garantía hipotecaria de la misma finca ya gravada. Dadas las escaramuzas actuales entre las entidades crediticias para hacerse con la clientela de sus competidores, es lógico que teman la sorpresa que les acarrearía

la futura subrogación de otra entidad rival en la hipoteca más antigua, con el riesgo que la pérdida de rango acarrea, ya que la hipoteca que pretende constituirse para garantizar el nuevo préstamo, lógicamente será posterior a la que pueda ser objeto de subrogación.

Para obviar estos inconvenientes han ideado una fórmula que creo no es inscribible.

Podrían atribuir a la hipoteca que asegura el nuevo préstamo un rango igual al de la preexistente. Pero en ese caso deberían satisfacer el impuesto conforme a la nueva ley, con el dramatismo tributario que tal decisión conlleva.

La solución que proponen es habilidosa:

Supeditar la igualación de rango de la nueva hipoteca a la condición suspensiva de que el deudor subrogue, con otra entidad, el anterior crédito hipotecario. Decimos que la propuesta es hábil porque al interponer la condición suspensiva (auténtica condición, pues el hecho de la posible subrogación es futuro e incierto) se consigue, de momento, obviar el pago impositivo y si la condición no se cumple no habrá que satisfacerlo en ningún momento.

Desde un punto de vista civil, mercantil o fiscal, no hay nada que objetar. La cláusula es correcta, no vulnera los límites del artículo 1255 del Código Civil y no puede considerarse fraudulento el intento de soslayar la Ley Reguladora de las Subrogaciones y Modificaciones de Hipoteca de 1994, sobre cuya juridicidad tanto puede cuestionarse; al fin y al cabo pretender soslayar tan caprichosa ley (es ley porque así lo dispuso el poder legislativo) pertenece a la misma estrategia sorpresiva de quienes sorprenden a sus oponentes con una subrogación financieramente bélica.

Los obstáculos son hipotecarios. Tal negocio conculcaría la legislación básica y por tanto debe rechazarse su inscripción. Para que los negocios sobre el rango sean admisibles es preciso que no perjudiquen a tercero. Y, evidentemente, constatado registralmente el contrato condicional, perjudicaría a la entidad que quiera subrogarse, porque, en el momento del cumplimiento de la condición (al producirse la subrogación) el rango del préstamo posterior se igualaría con el de la hipoteca primera sin la intervención del titular subrogado y con clara vulneración de las exigencias de la *res inter alios acta* y del alcance personal de los contratos preconizado por nuestro Código Civil.

Como hemos dicho antes, el proyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1994 sentó de manera clara los límites de la negociación sobre el rango, dando base para el artículo 241 del RH.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

En nuestro Derecho positivo es este el único precepto que regula la negociación sobre el rango y concretamente la posposición de hipoteca. Al ser así, sería forzoso aplicarlo por vía analógica a los supuestos similares, como el de igualación de rango, en obediencia a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código Civil.

Pero es más. El artículo 241 del Reglamento Hipotecario ha de regir en el supuesto binómico igualación de rango-condición suspensiva de un modo directo y no sólo como ayuda analógica.

Ya hemos visto como toda igualación de rango entre derechos de diferente prioridad conlleva en su entraña una auténtica posposición latente, ya que el derecho más antiguo que consiente en la igualación de rango, parcialmente está posponiendo su superior jerarquía, con todas las consecuencias económicas que ello entraña, como será, en su caso, llegada la ejecución forzosa de la finca, el tener que compartir con la hipoteca antepuesta en virtud de la igualación de rango el precio de la realización de la finca, con una distribución proporcional y porcentual de las sumas obtenidas si el valor en cambio de la enajenación no cubre totalmente los dos créditos igualados.

Por exigencias de este artículo 241 del RH no resulta viable hipotecariamente el pacto condicional propuesto por la banca.

El artículo 241 exige, para la posposición de rango, un requisito que no se cumple en dicho pacto:

«Que el acreedor que haya de posponer su derecho consienta *expresamente* la posposición». Este requisito no se cumple con el formato ofrecido por la banca. Porque si se estima que el acreedor subrogado al entrar en el círculo crediticio está aceptando la imposición del primitivo prestamista, esta estimación sería algo presuntiva, lo que a lo sumo podría considerarse como una aceptación tácita de la igualdad de rango. Pero el RH exige un consentimiento *expreso* del nuevo acreedor. En virtud de la subrogación, el acreedor titular del rango, el que tiene que otorgar el consentimiento *expreso* es el nuevo prestamista y su voluntad (que será contraria, obviamente, a la igualdad de rango si no recibe nada por esta posposición) no puede ser suplantada por un oponente que quiere perjudicarlo.

También se exige para la válida posposición que se establezca un plazo.

No debe olvidarse que toda posposición (aún la disfrazada bajo la apariencia de igualación de rango) implica una renuncia a la importante prioridad registral, de indudable valor, y toda renuncia, que implica un empobrecimiento, ha de ser consentida.

Además la fórmula amalgamada igualación-condición suspensiva no se concilia bien con las exigencias de la seguridad jurídica inmobiliaria. La solución ofertada por la banca provoca una doble incertidumbre en el «an» y en el «quando», lo que, de ser aceptada, obligaría a mantener indefinidamente un estado de indeterminación en el orden de prelación de los derechos.

IGUALACIÓN Y CONDICIÓN RESOLUTORIA

También se ha sostenido que podría mejorarse la proposición bancaria y que desaparecería toda indeterminación si la pretendida igualación se instrumentase a través de una condición resolutoria.

La igualdad de rango se conseguiría *ab initio* desde el mismo momento de concluirse el segundo préstamo hipotecario y sin objeciones, cara al artículo 241 del RH, porque el acreedor que pospone (el titular actual de la hipoteca más antigua) es el verdadero titular de ambos gravámenes relacionados: es el titular de la hipoteca que se antepone y el de la que se pospone; añadiéndose que fiscalmente también resultaría neutra la operación. De momento el banco tendría que anticipar el tributo. Pero cuando se cumpliera la obligación (*conditio existit*) podría pedir la devolución del impuesto.

El planteamiento sería como el reverso de la fórmula sugerida por la banca: «Esta hipoteca segunda se iguala con la primera y se mantendrá la similitud de rango mientras el titular de ambos gravámenes sea el banco...». Pero si el deudor subroga a otra entidad en cualquiera de las dos hipotecas que han parangonado su rango (las dos se hacen primeras, segundas...) en ese caso se cumpliría la condición resolutoria y la hipoteca subrogada perdería el rango igualitario, deviniendo de peor condición.

Aquí se produce un espejismo enjuiciador, porque es cierto que inicialmente se obvian los obstáculos del artículo 241, ya que el titular único de ambas hipotecas está consintiendo la posposición de la que tiene que degradarse para descender al mismo escalón que otra que era posterior antes de producirse la igualación.

Pero se olvida que con el cumplimiento de la condición resolutoria se aboca a una nueva posposición, ya que si la hipoteca subrogada pierde su rango, se pospone a la que lo conserva. Y estaríamos ante el mismo problema que suscitan las condiciones suspensivas. Faltaría el consentimiento (para la nueva posposición) del acreedor subrogado y de esta forma se estaría conculcando el básico artículo 241. Subsiste el reparo hipotecario y también el civil porque las partes se vinculan entre ellas, pero no pueden establecer estipulaciones que perjudiquen a tercero sin mediar su consentimiento. Esta reforma que sujeta al gravamen a los actos referentes al rango hipotecario destila un fuerte aroma recaudatorio. Y olvida los límites del hecho imponible del ITP

marcados estrictamente en el artículo 7.º de la Ley Reguladora. También olvida el legislador el cambio fundamental en el tributo, que se produjo al promulgarse la Ley de 30 de diciembre de 1980.

Anteriormente (RIDR de 15 de enero de 1959 y TR de 6-4-1967) se sujetaban a imposición los más importantes avatares jurídicos de los distintos conceptos sujetos: por ejemplo, tratándose de derechos reales como el de hipoteca se hacían tributar las más relevantes incidencias: constitución, modificación, transmisión, subrogación... Y el TR de 1967 (art. 56) consideró que la posposición de hipoteca debía tributar como modificación de tal derecho.

Pero desde 1980 sólo se sujeta expresamente la constitución de derechos reales y se hace abstracción de los restantes episodios jurídicos.

Por tanto, para ser consecuente con sus postulados, el legislador sólo debió sujetar la posposición (que es una incidencia necesariamente posterior a la constitución del derecho) cuando implicase y hasta donde lo implique un incremento patrimonial.

Aceptando que la igualación sea un acto ortodoxamente sujeto (porque así lo quiere la ley) su correcta tributación debió discurrir por cauces más congruentes con el total sistema. Tanto por lo que respecta a la perfecta configuración del hecho imponible como a la cuantificación de la base.

También prescinde la nueva regulación (¿por afanes recaudatorios?) de la reforma que se inició con la Ley de 30-6-1980 y que se recogió en el TR de diciembre de aquel mismo año. En efecto, hasta aquella fecha (RIDR y TR de 6-4-1967) un préstamo hipotecario tributaba por el concepto de hipoteca, que era más gravoso que el correspondiente al contrato (venta con precio aplazado, préstamo...).

En 1980 se cambia la orientación hacia una tributación más moderna y benevolente: «Los préstamos hipotecarios tributarán sólo por el concepto de préstamo». Actualmente todos los préstamos están exentos en el ITP y en el IVA.

Si se hubiese seguido este criterio benigno, los cambios en el rango hipotecario no estarían sujetos, porque el puesto registral afecta al gravamen pero no modifica el préstamo. Por eso, en la regulación precedente, la asimilación fiscal tenía cierto sentido (del que ahora adolece) al someter a la posposición de hipoteca por el concepto de modificación de derecho real, pues el gravamen sí se ha alterado, aunque el derecho principal permanezca igual.

La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001

SUMARIO: I. CAPACIDAD PARA SUCEDER: 1.º LOS HIJOS ADULTERINOS. 2.º CAPACIDAD DEL *NASCITURUS* Y DEL *CONCEPTURUS*. 3.º PRESUNCIÓN DE CONMORIENTA O PREMORIENTA. 4.º LA INDIGNIDAD SUCESORIA: a) *Supuestos*; b) *Régimen*.—II. PRUEBA DE LA CUALIDAD DE HEREDERO.—III. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO: 1.º EL DERECHO DE PENSIÓN. 2.º EL RÉGIMEN DE LA VIVIENDA HABITUAL: a) *Derecho temporal de alojamiento*: 1. Que se trate del cónyuge *successible*. 2. Que ocupe, efectivamente, en concepto de alojamiento principal, la vivienda. b) *Los derechos de uso y habitación*. 3.º LA SUCESIÓN INTESTADA: a) *Orden de llamamientos*: 1. Si no existe cónyuge viudo. 2. Si existe cónyuge viudo. b) *El llamamiento en usufructo*: 1. La opción. 2. La conversión. 4.º LOS DERECHOS LEGITIMARIOS. 5.º VALORACIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

La reforma del Derecho de Sucesiones no representa tarea fácil y supone un desafío para políticos y juristas, por la gran complejidad técnica de la reforma y sus implicaciones socioeconómicas (1) y políticas (2).

El legislador francés ha abordado tan difícil tarea modificando sustancialmente su sistema sucesorio en la Ley de 3 de diciembre de 2001, relativa a los derechos del cónyuge viudo y de los hijos adulterinos y de modernización de diversas disposiciones de Derecho Sucesorio (3). Bajo este título se da

(1) VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Civitas, Madrid, 1982, pág. 32: «El aspecto económico se entreliga con la perspectiva sociológica y aparece destacadamente en la sucesión de los bienes de producción con especial fisiónomía en las propiedades rústicas y en las empresas industriales y fabriles».

(2) VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., «Panorama...», *op. cit.*, pág. 36: «La política ha jugado y juega, evidentemente, en la regulación de las sucesiones, pues el alcance de ésta en ella es notable».

(3) Loi n.º 2001-1135, du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (Journal Officiel de la République Française, 4 décembre 2001).

nueva redacción a numerosos preceptos del *Code*, afectando a temas como la indignidad sucesoria, la prueba de la cualidad de heredero, los derechos del concebido, la presunción de premoriencia, los derechos sucesorios de los hijos adulterinos y los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Es este último tema el que presenta las mayores novedades y complejidad, y cuyo estudio requiere un análisis pormenorizado de todo el sistema sucesorio. Por ello, vamos a centrar nuestros esfuerzos en el mismo, si bien haremos una breve referencia a todos los aspectos de la Ley que constituyen una novedad.

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER

La Ley de 2001 introduce en este punto diversas modificaciones que afectan a la sucesión del *nasciturus*, a los supuestos de conmoriencia y a la regulación de la indignidad para suceder.

1.º LOS HIJOS ADULTERINOS

La Ley termina con las todavía existentes discriminaciones entre los hijos legítimos y los adulterinos que el Derecho Sucesorio francés mantenía. Las originarias discriminaciones entre hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos ya habían desaparecido tiempo atrás, pero aún permanecían ciertas medidas de protección de la familia legítima frente al hijo adulterino en el supuesto de que, en el momento de la apertura de la sucesión, concurriese con éste a la sucesión el que era el cónyuge del causante al tiempo de la concepción del adulterino, o los hijos legítimos nacidos de ese matrimonio. Estas medidas se concretaban en la disminución de la parte en la herencia del hijo adulterino, el aumento de los derechos del cónyuge viudo y los hijos legítimos con un derecho de atribución preferente de bienes en la partición, y con la posibilidad de excluir al adulterino de las operaciones de partición (4).

Todas estas discriminaciones se basaban en la consideración de la familia legítima como víctima del adulterio. La Ley de 2001 cambia la perspectiva y, por imperativo de la igualdad de filiaciones (5), hace desaparecer cualquier vestigio de discriminación. La nueva redacción del artículo 733 establece que la ley no distingue entre filiación legítima y filiación natural para determinar los parientes llamados a suceder.

(4) MAZEAUD, H., L., J., F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, 12.º vol., 5.ª ed., Montchrestien, París, 1999, pág. 88.

(5) BELLIVIER, F., ROCHFELD, J., en las crónicas de la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, janvier-mars 2002, págs. 157-165, pág. 159: «En effet, d'une part, tout a été dit sur la poussée irrésistible de l'impératif de l'égalité, en l'espèce entre enfants».

Especial importancia tiene en este punto el momento de su entrada en vigor, pues si la mayoría de las normas relativas a derechos sucesorios entraban en vigor a los siete meses de su publicación y se aplicarán a las sucesiones abiertas a partir de ese momento, en virtud del artículo 25 de la ley, las modificaciones referentes a los hijos adulterinos se excluyen de ese plazo de entrada en vigor y se regirán por la nueva ley aquellas sucesiones que en el momento de su publicación (4 de diciembre de 2001), no hubiesen sido objeto de partición. Esto supone una cierta retroactividad de la norma, que se aplicará a sucesiones abiertas antes, incluso, de la publicación de la ley.

2.º CAPACIDAD DEL *NASCITURUS* Y DEL *CONCEPTURUS*

La nueva redacción del artículo 725 del *Code* parece contener la misma regla que enunciaba en su anterior redacción, en la que consideraba incapaces para suceder a los que no estuvieran concebidos en el momento de la apertura de la sucesión y a aquéllos que, estando concebidos, no fuesen viables. El nuevo artículo redacta favorablemente el mismo principio: para suceder hay que existir en el momento de la apertura de la sucesión o estar concebido y nacer viable (6).

En principio, como pone de manifiesto BEIGNIER (7), se trata de la misma regla. Sin embargo, podemos plantearnos si tiene alguna relevancia el diferente enunciado que cambia del positivo al negativo, con lo que se pasa de decir expresamente que el no concebido no tendrá capacidad para suceder a decir que sólo la tendrán los concebidos que nazcan viables. Con esta dicción parece que se excluye igualmente, aunque no se diga expresamente, que tenga capacidad el *concepturus*.

Por otra parte, en el Derecho francés no se admite la procreación asistida *post mortem* porque la Ley 654, de 29 de julio de 1994, exige que el hombre y la mujer que forman la pareja estén vivos en el momento de la inseminación o de la transferencia del embrión. No existe un artículo como el 9 de la Ley española de 22 de noviembre de 1988, que permite la fecundación asistida *post mortem* cuando el marido haya manifestado en escritura pública o testamento esa voluntad (8). Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, a

(6) Artículo 725 del *Code* tras la Ley de 2001: «Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable».

(7) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: la qualité d'héritier et sa preuve», *Droit de la Famille*, ed. Juris-Classeur, mai 2002, págs. 4-6, pág. 4: «On sait que l'ancien article fixait la règle par a contrario. La nouvelle disposition énonce positivement la même règle, comme la plupart des droits modernes».

(8) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 257; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, Trivium, Madrid, 1997, pág. 353.

pesar de que se admite esta posibilidad, no existe un precepto en el que se reconozca expresamente que en tal caso el *concepturus* tendrá capacidad para heredar, y de la combinación de los artículos 745, 758, 29 y 30 del Código Civil resulta que sólo los concebidos al tiempo del fallecimiento del causante tendrán tal capacidad.

Nosotros entendemos que, al estar admitida y regulada en la Ley de 1988 la posibilidad de fecundación asistida *post mortem* y atendiendo al último inciso de su artículo 9, que establece que tal generación producirá todos los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial, debe admitirse que, en el caso de que la fecundación se produzca dentro del plazo de los seis meses siguientes al fallecimiento del causante, como exige la ley, el hijo así nacido sí tendrá capacidad para heredar, pues lo contrario supondría una grave injusticia en el caso concreto, una discriminación con relación al resto de los hijos cuando todos tienen derecho a heredar con independencia del tipo de filiación. Por otra parte, ningún precepto prohíbe expresamente esta posibilidad (9), y la equiparación que establece la ley no tiene sentido si excluye la sucesión del hijo así concebido. Además, debemos tener en cuenta que algunas de las técnicas que regula la ley suponen la concepción antes de la implantación en el seno materno, como reconoce GÓMEZ-FERRER en el supuesto del preembrión crioconservado (10). ALONSO PÉREZ, a pesar de las objeciones (11) que hace a esta forma de fecundación, considera que, si es admitida por la ley sería inconstitucional negar derechos sucesorios a los hijos nacidos de fecundación *post mortem* (12).

Ésta es la solución que ofrece el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991, que en su artículo 9 dispone expresamente que «Si el causante ha expresado de forma feha-

(9) Aunque no se refiere expresamente al tema de la fecundación asistida *post mortem*, no reconoce capacidad sucesoria al *concepturus* CÁMARA ÁLVAREZ, M., DE LA, «Compendio de Derecho Sucesorio», en *La Ley*, Madrid, 1990, pág. 39: «El Código Civil, rectamente interpretado, debe conducir a la solución negativa aunque con la excepción cualificadísima de la sustitución fideicomisaria. En efecto, si según el artículo 758 del Código Civil, para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, parece que, respecto del no concebido que, por de pronto, no es más que una enteleguía, no puede postularse capacidad ninguna». Posteriormente, en la monografía «Técnicas de reproducción asistida y su influencia sobre la filiación», en *ARAJL*, núm. 29, Madrid, 1999, se hace eco de las diferentes posiciones doctrinales sin exponer por cuál de ellas se decanta.

(10) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones», en *RJN*, enero-marzo 1995, págs. 181-255, pág. 216.

(11) ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XIII, vol. 2.º, 2.ª ed., Comentarios a los artículos 959 y siguientes, pág. 21: «Cuando el esposo vivía y estaba casado proyectó, de acuerdo con su mujer, la generación del futuro hijo por un procedimiento que yo tengo por heterodoxo y poco ético, pero válido legalmente y quizá constitucionalmente».

(12) ALONSO PÉREZ, M., «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 26.

ciente su voluntad de fecundación asistida *post mortem*, el hijo que nazca de él dentro del período legal también se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión». En idénticos términos se expresa el artículo 10 de la Ley de las Cortes de Aragón, de 24 de febrero de 1999, de Sucesiones por causa de muerte, en el que se da un paso más al permitirse que en la sucesión voluntaria se pueda disponer a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión.

En el Derecho francés ni siquiera se permite la fecundación asistida después de la muerte de uno de los progenitores, por lo que sería complicado intentar argumentar esta posibilidad. Sin embargo, la doctrina francesa (13), preocupada por el tema, se plantea qué ocurrirá si una francesa se somete a una fecundación asistida *post mortem* en un país en el que ésta se admita. La solución, según algunos autores (14), aplicando el Derecho Sucesorio francés, sería la siguiente:

- Si llega a nacer viable, el embrión implantado en el seno materno después de la muerte de su padre, pero fecundado *in vitro* antes de su muerte, será llamado a suceder tanto en el caso de que ya estuviese concebido como en el caso de que haya sido objeto de una conservación artificial.
- Si el hijo no había sido fecundado en el momento de la muerte del padre, no será capaz de suceder.

Por otra parte, el propio legislador parece sensible a las posibles injusticias que puede provocar no reconocer capacidad a los *concepturi* y, aunque no les reconoce expresamente capacidad para suceder, arbitra medidas para mitigar el perjuicio que de ello se deriva. Esas medidas se adoptan en los casos en que el hijo de un indigno herede por representación lo que correspondería a su padre. Para que tenga lugar este derecho de representación, el artículo 755 del *Code* exige que los hijos o descendientes del indigno vivan o estén concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión. Por tanto, los que sean concebidos con posterioridad no representarán al indigno. Pero la novedad de la ley consiste en que aquéllos que le hubiesen representado deberán traer a la sucesión del indigno los bienes que hubiesen heredado en su lugar, si concurren con otros hijos concebidos después de la apertura de la primera sucesión (15). Con ello se intenta paliar la desigualdad que produce para estos

(13) MAZEAUD, H., L., J., F., «Leçons de Droit Civil...», *op. cit.*, pág. 56.

(14) MAZEAUD, H., L., J., F., «Leçons...», *op. cit.*, pág. 56.

(15) Artículo 755 del *Code* tras la Ley de 2001: «La représentation est admise en faveur des enfants et descendants de l'indigne, encore que celui-ci soit vivant à l'ouverture de la succession.

Les enfants de l'indigne conçus avant l'ouverture de la succession dont l'indigne avait été exclu rapporteront à la succession de ce dernier les biens dont ils avaient hérité en son

últimos el hecho de que no puedan heredar por representación al ascendiente del indigno. La finalidad de la norma, en palabras de KÉRAVEC y MALLET, es preservar la igualdad entre los herederos (16). La sensibilidad que demuestra el legislador con esta medida, unido a la desaparición de la prohibición expresa de que los no concebidos puedan suceder, pone de manifiesto un cierto avance en este tema, pero todavía muy lejos de dar soluciones jurídicas eficaces ante realidades provocadas por los avances científicos.

Por otra parte, existe un proyecto de reforma de la Ley francesa, de 29 de julio de 1994, de procreación asistida, y el informe de la comisión para esta reforma se muestra claramente favorable a la fecundación asistida *post mortem*, cuando el padre lo haya autorizado, siempre que se establezca una limitación temporal para esta posibilidad (17).

3.º PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA O PREMORIENCIA

Cuando en el Derecho Sucesorio español se aborda el estudio de la presunción de conmoriencia del artículo 33 del Código Civil, se suele poner como ejemplo (18) de legislación que consagra la contraria, esto es, la presunción de premoriencia, el *Code*, que, en los artículos 720 a 722 establecía una presunción de premoriencia (19) en función de la edad y del sexo de las personas que perecieron como consecuencia de un mismo suceso.

lieu et place, s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de la première succession».

(16) KÉRAVEC, T., MALLET, E., «Réforme des successions: La modernisation du droit des successions», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, JCP*, núm. 27, 5 juillet 2002, págs. 985-989, pág. 989: «Le but poursuivi par cette disposition est de réintégrer dans la masse partageable de la succession de l'indigne les biens reçus par certains descendants. Cette mesure, qui régit un cas rarement rencontré dans la pratique mais que peut malgré tout se présenter, préserve l'égalité entre les cohéritiers».

(17) Informe de la comisión preparatoria del proyecto de ley de revisión de la Ley de 29 de julio de 1994, pág. 55: «On doit constater que la loi actuelle, dans sa rigueur, est vivement contestée et qu'il y a lieu de s'interroger sur sa révision. Votre Rapporteur est donc favorable, avec la majorité des membres de la Mission, à ce que soit autorisé le transfert *post mortem* dès lors que le père y a consenti de son vivant. Il convient toutefois d'encadrer cette autorisation pour ne pas créer de situations juridiques, voire humaines, inextricables. D'un côté, le règlement des successions exige que cette possibilité de transfert posthume soit limitée dans le temps. De l'autre, il ne faudrait pas que l'autorisation de transfert *post mortem* soit irréalisable dans la pratique et ne crée que de faux espoirs».

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 29.

(19) Artículo 720 del *Code*, antes de la reforma de 3 de diciembre de 2001: «Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe».

La Ley de 2001 pone fin a esta diferencia, pues da nueva redacción a los artículos 720 a 722 y regula la cuestión en el artículo 725-1 (20), en el cual, sin llegar a utilizar la expresión conmoriencia, establece que si dos personas llamadas a suceder respectivamente fallecen como consecuencia de un mismo acontecimiento, el orden de suceder puede establecerse por todos los medios. Si ello no es posible, la sucesión de cada una de ellas se deferirá sin que la otra sea llamada. Con redacción diferente a nuestro Código, el nuevo artículo 725-1 del *Code* consagra la misma regla, pues el efecto es el mismo: a falta de prueba de quién ha muerto primero, no tiene lugar la transmisión de derechos entre los fallecidos. Con ello, se hace desaparecer un criterio que implicaba discriminación por razón de sexo (21) y que había sido criticado por la doctrina y atemperado por la jurisprudencia (22).

Pero el *Code* da un paso más al consagrar expresamente que tendrá lugar el derecho de representación a favor de los descendientes de uno de los fallecidos. En nuestro Derecho no se consagra expresamente el derecho de representación en los supuestos en que sea aplicable la presunción de conmoriencia, lo que podría hacer dudar sobre su aplicabilidad. Entendemos que, aunque se exige como presupuesto para que tenga lugar el derecho de representación la premoriencia del representado (23), en el supuesto en que sea aplicable la presunción de conmoriencia, también se verificará la representación cuando se cumplan todos los requisitos que para ello exigen los artículos 924 y siguientes del Código Civil, pues lo que se exige es que el representado no haya podido adquirir la herencia del causante por causas ajenas a su voluntad, que no haya sobrevivido al causante, lo que ocurre en este

(20) Artículo 725-1 del *Code*, en la redacción dada al mismo por la Ley de 3 de diciembre de 2001: «Lorsque deux personnes, dont l'une avait vocation à succéder à l'autre, périssent dans un même événement, l'ordre des décès est établi par tous moyens.

Si cet ordre ne peut être déterminé, la succession de chacune d'elles est dévolue sans que l'autre y soit appelée.

Toutefois, si l'un des codécédés laisse des descendants, ceux-ci peuvent représenter leur auteur dans la succession de l'autre lorsque la représentation est admise».

(21) KÉRAVEC, T., et MALLET, E., «Réforme des successions...», *op. cit.*, pág. 987: «En supprimant la théorie sexiste, désuète et incomplète des comurants, la loi nouvelle réalise là encore une avancée salubre vers l'égalité: l'égalité juridique des individus, quels que soient leur sexe et leur âge, face à la mort».

(22) CORPART, I., «Les difficultés liées à la constatation des décès après la loi n.º 2001-1135, du 3 décembre 2001», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 36, 6 septembre 2002, págs. 1209-1214, pág. 1213: «Prévue par les anciens articles 720 à 722 du Code Civil, la théorie des comurants avait fait l'objet de vives attaques en doctrine et en jurisprudence. Les solutions législatives avaient toutefois été pondérées par une jurisprudence constante».

(23) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 60.

supuesto, aunque no le haya premuerto en sentido técnico (24), basta que no exista en el momento del fallecimiento del causante.

4.º LA INDIGNIDAD SUCESORIA

Otro de los aspectos modificados por la Ley de 2001 es la indignidad sucesoria en la que resultan afectados tanto los supuestos en los que tiene lugar como los efectos de la misma. La reforma comienza alterando el propio fundamento de la indignidad que deja de ser una pérdida legal para reposar en una presunción de desheredación del causante, víctima de la indignidad, aunque, como ponen de manifiesto KÉRAVEC y MALLET, la reforma no altera profundamente sus principios (25).

a) *Supuestos*

Los supuestos en que existe indignidad son de dos tipos:

- La indignidad sucesoria obligatoria, recogida en el nuevo artículo 726 del *Code* (26), que se impondrá de pleno derecho.
- La indignidad sucesoria facultativa, cuyos supuestos se enumeran en el 727, que comienza diciendo: «Pueden ser declarados indignos de suceder» (27), pues en estos casos se permite la apreciación del juez.

(24) Así lo entiende, sin plantearse otra posibilidad, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pág. 498: «Si, por ejemplo, se trata de conmorienencia de padre e hijo, los nietos no sucederán como transmisarios del padre, sino por derecho de representación; y ello porque el derecho de transmisión implica sobrevivencia del heredero al causante, mientras que el derecho de representación presupone premoriencia del heredero al causante».

(25) KÉRAVEC, T., et MALLET, E., «Réforme des successions...», *op. cit.*, pág. 988.

(26) Artículo 726 del *Code*: «Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession:

1.º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminale pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt.

2.º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner».

(27) Artículo 727 del *Code*: «Peuvent être déclarés indignes de succéder:

1.º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt.

2.º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner.

Además de la novedad que supone diferenciar estos dos tipos de indignidad, es importante poner de relieve que ambas afectan tanto a los autores como a los cómplices, cuestión esta que fue discutida bajo el régimen anterior, pues al no referirse al cómplice de forma expresa, la mayoría de la doctrina francesa (28) entendió que una interpretación restrictiva de los preceptos sancionadores impedía declararle indigno.

Por otra parte, los casos anteriores no comprendían el supuesto en que de un delito de lesiones resultase la muerte cuando el agresor no tenía la intención de causarla. La nueva redacción del Código contempla este supuesto también como causa de indignidad.

b) *Régimen*

En este punto hay que destacar como novedad que se permite al ministerio público interponer la demanda de indignidad a falta de herederos, y que la indignidad puede ser declarada después de la muerte. Por otra parte, la reforma introduce la posibilidad, de modo análogo a lo que establece el artículo 757 del Código Civil español, de que el causante, que conozca la causa de indignidad, realice una declaración en forma testamentaria en la que mantenga al heredero sus derechos hereditarios (29), lo que hasta ahora no era posible en el Derecho francés, pues la voluntad del causante no podía relevar al heredero de la indignidad (30).

3.º Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle.

4.º Celui que est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers.

5.º Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue.

Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1.º et 2.º et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte».

(28) DAVIAUD, P., «La nouvelle indignité successorale», en *Le Dalloz*, núm. 23 2002, págs. 1856-1860, pág. 1856: «La doctrine majoritaire, cependant, estimait qu'il fallait interpréter les textes de façon restrictive aux motifs qu'il s'agissait d'une peine privée et que l'assimilation du complice à l'auteur principal d'un crime n'avait été prévue qu'en matière pénale».

(29) Artículo 728 del *Code*: «N'est pas exclu de la succession le successible frappé d'une cause d'indignité prévue aux articles 726 et 727, lorsque le défunt, postérieurement aux faits et à la connaissance qu'il en a eue, par une déclaration expresse de volonté en la forme testamentaire, qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires ou lui a fait une libéralité universelle ou à titre universel».

(30) MAZEAUD, H., L., J., *Lecciones de Derecho Civil*, IV, vol. 2.º, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1965, pág. 76.

Pero la novedad (31) más importante en este tema es que admite el derecho de representación a favor de los hijos y descendientes del indigno, aunque éste viva en el momento de la apertura de la sucesión. Así lo dispone en el último de los preceptos que dedica a la indignidad, el 729-1 y en el último de los que dedica a la representación, el 755, en el que además introduce una regla, que ya hemos analizado, para impedir la desigualdad de los herederos. En el 729-1, además de admitirse el derecho de representación, se consagra una regla para evitar que el indigno, a través de sus hijos pudiera llegar a adquirir la herencia de la víctima. Se prohíbe al indigno que pueda reclamar los derechos que la ley reconoce a los padres sobre los bienes de los hijos, respecto de los bienes que proceden de la sucesión en la que el indigno fue excluido (32). La explicación que da BEIGNIER (33) para justificar esta regla es la de evitar una injusticia.

En el Derecho anterior a la reforma de 2001 no se reconocía el derecho de representación en la indignidad, porque se consideraba que el indigno no podía transmitir aquello que no había recibido (*nemo plus iuris*). Sin embargo, el reconocimiento de la indignidad como una sanción de carácter personal (34) conduce a tener que admitir la representación. Los hijos del indigno no se contagian de la indignidad de su padre.

II. PRUEBA DE LA CUALIDAD DE HEREDERO

La Ley de 2001 introduce una nueva sección titulada «De la prueba de la cualidad de heredero», en la que dispone que será posible probar la cualidad de heredero por cualquier medio, entre los que enumera expresamente

(31) Antes de la reforma, conforme al antiguo artículo 730, los hijos del indigno también podían heredar pero no por efecto de la representación.

(32) Artículo 729-1 del *Code*: «Les enfants de l'indigne ne sont pas exclus par la faute de leur auteur, soit qu'ils viennent à la succession de leur chef, soit qu'ils y viennent par l'effet de la représentation; mais l'indigne ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, la jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants».

(33) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: la qualité...», *op. cit.*, pág. 5: «Mais à côté de cette indulgence, on découvre une nouvelle rigueur qui renforce l'analyse du caractère personnel de l'indignité. En aucun cas, l'indigne ne pourra recevoir, par héritage, les biens de sa victime. Tel peut être le cas dans l'hypothèse ou le petit-fils, héritier du grand-père tué, vient à périr avant le fils assassin. Imaginons un nouveau cas dramatique: le grand-père est assassiné par son fils = le petit-fils reçoit l'héritage mais si jamais voulant se précipiter au secours de son aïeul, le petit-fils se fette, par accident, du haut d'un étage et meurt aussitôt, ce devrait être son propre père qui viendrait à sa succession et donc, indirectement, hériterait de celui qu'il a assassiné. C'est pour éviter une telle solution (qui s'était parfois réalisée) que la nouvelle loi établit un borne de décence».

(34) DAVIAUD, P., «La nouvelle indignité...», *op. cit.*, pág. 1858.

el acta de notoriedad levantada por notario o por el secretario judicial del Tribunal de instancia en el que tenga lugar la apertura de la sucesión. Sólo procederá este último supuesto cuando no exista contrato por razón de matrimonio ni acto de última voluntad (35). La novedad es legislativa porque, en la práctica, como pone de manifiesto BEIGNIER (36), el acta de notoriedad se había consagrado ya como el medio de prueba por excelencia.

En el Derecho francés, como en el español, la aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita, pero el legislador (37) de 2001 establece expresamente que la afirmación contenida en un acta de notoriedad de declaración de herederos no implica la aceptación de la sucesión (38).

Por otra parte, se hace desaparecer la intervención de testigos en el acta. Ahora serán los derechohabientes los que realizan las declaraciones ante el notario (39). Esta es la novedad más importante de la Ley de 2001 en este tema. Salvo impedimento grave, todos los derechohabientes firmarán el acta de notoriedad. Pero la unanimidad de éstos no se exige con carácter obligatorio, lo que para DAGOT (40) supone un peligro, por lo que debe entenderse que la regla general será la unanimidad y la ausencia de ésta deberá ser la excepción, una excepción que deberá ser extremadamente rara.

(35) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: la qualité...», *op. cit.*, pág. 6: «Cela se comprend parfaitement. S'il y a un contrat de mariage, celui peut comporter des clauses constituant des avantages matrimoniaux modifiant sensiblement la succession. Il est inutile de dire quel peuvent être les effets d'un testament».

(36) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: la qualité...», *op. cit.*, pág. 6: «Nouveauté, puisque le Code Civil était muet (ou quasiment) sur cette question. Le point capital est la consécration de la pratique notariale de l'acte de notoriété».

(37) PICARD, J., «L'Acte de notoriété preuve de la qualité d'héritier», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 22, 31 mai 2002, págs. 793-798, pág. 795: «Cette disposition, toute empreinte de logique juridique, sera matière à logique décisionnelle dans la pratique notariale: ou bien les héritiers, dans le cadre habituel, manifestent l'intention d'accepter purement et simplement la succession et désirent se procurer la preuve de leurs qualités héréditaires, il est normal alors de relater leur décision dans l'acte de notoriété pour éviter les aléas d'une acceptation tacite, ou bien les héritiers hésitent quant à la nature de l'option à prendre, la confection d'un acte de notoriété se conçoit alors difficilement et dans la majorité des cas il ne peut qu'être différé».

(38) Artículo 730-2: «L'affirmation contenue dans l'acte de notoriété n'emporte pas, par elle-même, acceptation de la succession».

(39) DAGOT, M., «Nouvelles Notoriétés», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 18-19, 3 mai 2002, págs. 674-716.

(40) DAGOT, M., «De la preuve de la qualité d'héritier», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 13, 13 mars 2002, págs. 510-514, pág. 512: «Dire que l'unanimité n'est pas obligatoire est dangereux. D'aucuns pourraient être tentés d'en revenir aux habitudes antérieures, de se contenter de l'intervention d'un seul des ayans droit, avec, croiront-ils bien faire, celle de deux témoins. Une telle manière d'agir aboutirait à réduire l'apport de la loi sur ce point de la preuve».

III. DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

En un sistema sucesorio que apenas concede derecho alguno al cónyuge viudo, éste se encuentra que, al fallecimiento del consorte, su posición es muy delicada, no sólo porque puede producirse una disminución de su nivel de vida, sino porque, en ocasiones, se hace imposible continuar la vida en el hogar familiar, en su propia casa, ya que parte de la misma, o toda ella, ha de atribuirse a los herederos del causante.

El legislador francés, consciente de esta problemática, pretende mejorar sensiblemente la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, y para ello ha abordado la reforma de diferentes aspectos como el derecho de pensión, la atribución del uso de la vivienda familiar, la sucesión intestada y la condición de legitimario. Con ello, como ponen de manifiesto CORPART (41) y KÉRAVEC (42), el legislador convierte en el punto central de la reforma mantener al cónyuge viudo en su nivel de vida, garantizando, especialmente, lo que se refiere a la continuidad en el uso de la vivienda habitual, lo que venía siendo reclamado como una necesidad por la doctrina (43).

1.º EL DERECHO DE PENSIÓN

El artículo 767 concede al cónyuge viudo un derecho de pensión, a cargo de la herencia, en términos análogos al derogado artículo 207-1. Las diferencias entre uno y otro, aparte del cambio de ubicación sistemática, no son demasiado importantes. El cambio más significativo consiste en que en la redacción anterior se concedía este derecho al cónyuge viudo (*époux survivant*), mientras que ahora se refiere al cónyuge susceptible de suceder (*conjoint successible*), lo que nos remite a las condiciones impuestas por el artículo 732 (no divorciado y no separado por sentencia firme). Eso quiere decir que el cónyuge que, al tiempo del fallecimiento, estuviese incurso en un proceso de divorcio, no se verá privado de esta pensión.

(41) CORPART, I., «L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi du 3 décembre 2001», en *Le Dalloz*, núm. 39, 2002, págs. 2952-2957, pág. 2952: «Son mérite essentiel est d'assurer la protection du survivant à défaut de dispositions contraires. Le système précédent reposait essentiellement sur le jeu des volontés individuelles et s'avérait insuffisant».

(42) KÉRAVEC, T., MALLET, E., «Réforme des successions: Les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 26, 28 juin 2002, págs. 945-952, pág. 950: «Le maintien du conjoint survivant dans son cadre de vie constitue sans doute le coeur de la réforme».

(43) RUBELLIN-DEVICHI, J., «La famille et le droit au logement», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 2, avril-juin 1991, págs. 245-261, pág. 259: «A la dissolution de la communauté par décès, le logement de la famille fait encore l'objet de règles particulières, mais qui paraissent souvent manifestement insuffisantes».

El plazo para reclamarla sigue siendo de un año, pero la diferencia está en el momento en que comienza el cómputo del mismo. En la redacción del artículo 207-1 se computaba a partir del fallecimiento del causante. Ahora se añade a partir del momento en que los herederos dejan de satisfacer las prestaciones que viniesen satisfaciendo al cónyuge viudo.

2.º EL RÉGIMEN DE LA VIVIENDA HABITUAL

Bajo un mismo párrafo, la ley concede al cónyuge viudo dos derechos sobre la vivienda habitual: un derecho de alojamiento por un año y un derecho de uso y habitación vitalicio. No se pueden estudiar bajo un mismo epígrafe, ya que se trata de derechos de muy diferente naturaleza y contenido, pues mientras el derecho de alojamiento anual es considerado por la ley como de orden público y por tanto inderogable por la voluntad del causante, el derecho de uso y habitación puede ser alterado por esa voluntad.

Profundiza en esa distinción la consideración del derecho de alojamiento como efecto directo del matrimonio y no de la sucesión, mientras que el derecho de uso y habitación participa de la naturaleza de los derechos sucesorios.

Por todo ello, los estudiamos separadamente.

a) *Derecho temporal de alojamiento*

El artículo 763 del *Code* concede al cónyuge viudo el derecho a disfrutar, durante un año, de la vivienda habitual y el mobiliario. Los requisitos que exige para que se conceda este derecho son:

1. Que se trate del cónyuge *successible*

Dos cuestiones hay que aclarar: si sólo se refiere al cónyuge y qué significa que sea susceptible de suceder (*successible*).

El legislador francés podía haberse referido en este punto a la unión de hecho, teniendo tan cerca la Ley del pacto civil de solidaridad de 15 de enero de 1999. Sin embargo, hace expresa referencia al cónyuge viudo, lo que para BEIGNIER (44) supone excluir a la pareja de hecho, lo que es totalmente con-

(44) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: achèvement du statut du logement familial», en *Droit de la Famille*, ed. Juris-Classeur, mars 2002, págs. 4-7, pág. 4: «...donc exclusion de l'union libre, avec ou sans pacte civil de solidarité».

trario a una de las premisas de la reforma: que el moderno Derecho de Sucesiones se funda más en los sentimientos que en la sangre. La razón expresada para tal exclusión fue que la Ley de 1999 no concedía derechos sucesorios a los convivientes. Sin embargo, entendemos que ese motivo no es suficiente para privar a las parejas de hecho de este derecho, pues como enuncia el propio artículo 763, no se trata de un Derecho Sucesorio (45). Pero ocurre que, de no otorgarse expresamente por el legislador este derecho a los convivientes, se hace difícil encontrar la vía adecuada para concedérselos, pues, como puntualiza ALONSO PÉREZ (46), entre cohabitación y matrimonio no existe analogía, existe paralelismo, pero no semejanza, que es lo exigido para que proceda la aplicación analógica.

Qué se entiende por cónyuge susceptible de suceder nos lo explica la propia ley, ya que en el artículo 732 establece que se considera como tal al cónyuge sobreviviente no divorciado, contra el que no exista sentencia de separación con fuerza de cosa juzgada. En caso de que exista separación de hecho, no se suprime este derecho si el cónyuge viudo todavía habita en la vivienda familiar (47).

2. Que ocupe, efectivamente, en concepto de alojamiento principal, la vivienda

Este requisito excluye la residencia secundaria.

Si se cumplen estos requisitos, el cónyuge viudo podrá disfrutar gratuitamente la vivienda y el mobiliario durante un año. Se concede este derecho con independencia de que la vivienda sea alquilada, pues para este supuesto prevé la ley que el pago de la renta correrá a cargo de la sucesión.

Como se trata de un efecto del matrimonio, el valor de este derecho no se considerará parte de los derechos sucesorios del cónyuge viudo y, por tanto, no hay que realizar tasación alguna.

En cuanto a su naturaleza, ya hemos visto que, según el propio artículo, se trata de un derecho temporal y gratuito. Para BEIGNIER (48) se trata de una

(45) Párrafo tercero del artículo 763: «Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux».

(46) ALONSO PÉREZ, M., «La familia entre el pasado y la modernidad», en *Actualidad Civil*, 5-11 de enero de 1998, núm. 1, págs. 1-29, pág. 28.

(47) CORPART, I., «L'amélioration de la protection post mortem des conjoints...», *op. cit.*, pág. 2956: «En cas de séparation de fait, sans doute faut-il en réserver l'application au conjoint qui est resté dans les lieux, c'est-à-dire dans ce qui constituait encore juste avant le décès le logement familial. Il faudra ensuite que l'intéressé continue à occuper».

(48) BEIGNIER, B., «La Loi du 3 décembre 2001: achèvement...», *op. cit.*, pág. 5.

avantage matrimonial creada por la ley, mientras que para LEVILLAIN (49) no puede calificarse así porque se trata de un derecho independiente de todo régimen matrimonial. Lo califica como carga sucesoria y, por tanto, el cónyuge viudo tendrá la consideración de acreedor y gozará de las mismas prerrogativas que los demás acreedores hereditarios.

Para nosotros, no se trata de una institución de Derecho Sucesorio, pues el propio precepto establece que no es un Derecho Sucesorio sino efecto directo del matrimonio. La misma naturaleza tiene el año de viudedad concedido al cónyuge viudo por la legislación catalana, que, para evitar que su ordenación sistemática pueda llevar a confusiones, no se regula en el Código de Sucesiones sino en el Código de Familia (50).

No dice el precepto si se trata o no de un derecho personal. El derecho concedido por el artículo 763 viene a sustituir al que concedía el derogado 1481. Se diferencian no sólo en su duración sino también en que éste era de cargo de la comunidad, mientras que el nuevo será de cargo de la sucesión. El artículo 1481 consagraba expresamente el carácter personal del derecho que concedía, mientras que el nuevo artículo 763 no consagra expresamente tal condición. Para LEVILLAIN (51) no hay duda, se trata, igualmente, de un derecho personal y, por tanto, no se transmitirá a los herederos del cónyuge viudo en el caso de que éste fallezca antes de que transcurra el año.

b) *Los derechos de uso y habitación*

La Ley ha dado nueva redacción a los artículos 764 a 766 del *Code*, para dar cabida a un derecho de uso y habitación vitalicio a favor del cónyuge viudo.

Este derecho exige que se cumplan los mismos requisitos que el artículo 763 en cuanto a las condiciones del cónyuge viudo y a la ocupación de la vivienda.

El plazo durante el que puede solicitar este derecho es igualmente de un año, pero en este caso sólo se contará desde el fallecimiento.

Se trata de un derecho esencial en orden a la protección del cónyuge viudo, pues, como pone de manifiesto BEIGNIER (52), en el 80 por 100 de las

(49) LEVILLAIN, N., «Le droit au logement temporaire du conjoint survivant», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 29, 19 juillet 2002, págs. 1076-1080, pág. 1080.

(50) Se concede este derecho en el artículo 36 del Código de Familia de 15 de julio de 1999, con un contenido similar al del Derecho francés, pero, a diferencia de éste, se excluye del mismo al cónyuge viudo cuando exista separación de hecho.

(51) LEVILLAIN, N., «Le droit au logement...», *op. cit.*, pág. 1077.

(52) BEIGNIER, B., «La loi du 3 décembre 2001: achèvement...», *op. cit.*, pág. 6. Citando los debates de la ley en la Asamblea Nacional, dice: «Les statistiques révèlent que 80 % des successions comprennent une maison d'habitation et quelques économies pour une valeur totale moyenne de 600.000 à 700.000 F».

sucesiones, el único bien que comprende la sucesión es la vivienda habitual, por lo que sólo con un derecho de uso y habitación se puede asegurar la permanencia del cónyuge viudo en la misma. Sin embargo, no se trata de un supuesto de orden público y, por tanto, puede ser excluido por la voluntad del causante expresada en testamento auténtico (notarial), lo que, en palabras de CORPART, convierte a éste en un derecho un tanto precario (53).

A diferencia de lo que ocurría con el derecho de disfrute temporal del artículo 763, el derecho de uso y habitación sí forma parte de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, y prueba de ello es que el artículo 765 establece que el valor de estos derechos debe imputarse en el valor de los derechos sucesorios que le corresponden. En el supuesto de que el valor de éstos sea inferior al valor de los derechos sucesorios que corresponden al cónyuge viudo, éste podrá pedir el complemento. Ahora bien, si el valor de estos derechos es superior, no estará obligado a compensar a los herederos. Y ello porque, como dice BEIGNIER (54), el derecho de uso y habitación es un derecho mínimo y no máximo.

En cuanto a su eficacia, el artículo 766 permite la conversión del derecho de uso y habitación en una renta vitalicia o en un capital. No puede imponerse por ninguna de las partes, sino que se exige acuerdo del cónyuge viudo y de los herederos. Lo que sí se permite al cónyuge viudo (55), sin consentimiento de estos últimos, es alquilar la vivienda, lo que supone una derogación de los artículos 631 y 634 del *Code*, que no permiten ceder ni arrendar los derechos de uso y habitación. Sólo existe esta posibilidad cuando la vivienda no se adapte a las necesidades del cónyuge viudo, y podrá alquilarse, aunque no para un destino comercial o agrícola, para que, con el producto obtenido, se pueda satisfacer un nuevo alojamiento, adecuado a las circunstancias.

La posibilidad que nos brinda este artículo plantea diversas cuestiones. Una de ellas es que introduce un concepto jurídico indeterminado, pues para que pueda arrendarse la vivienda exige que ésta «no esté adaptada a sus necesidades», lo que hace que nos planteemos cuáles podrán ser éstas. CORPART (56) lo interpreta de modo que permita tener en cuenta motivos de conveniencia personal, como un exceso de cargas, cuestiones relacionadas con la dimensión o con la localización de la vivienda.

(53) CORPART, I., «L'amélioration de la protection...», *op. cit.*, pág. 2956.

(54) BEIGNIER, B., «La loi du 3 décembre 2001: achèvement...», *op. cit.*, pág. 6.

(55) Último párrafo del artículo 764: «Par dérogation aux articles 631 et 634, lorsque la situation du conjoint fait que le logement grevé du droit d'habitation n'est plus adapté à ses besoins, le conjoint ou son représentant peut le louer à usage autre que commercial ou agricole afin de dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d'hébergement».

(56) CORPART, I., «L'amélioration de la protection...», *op. cit.*, pág. 2956: «Encore faut-il que ledit logement ne soit "plus adapté à ses besoins" mais la formulation permettra sans doute de tenir compte de motifs de convenance personnelle, liés au montant des charges, à la dimension ou la localisation du logement».

Si realizamos una interpretación teleológica de la norma es posible admitir estos motivos de conveniencia personal, pues, como hemos visto (57), uno de los objetivos de la reforma es mejorar la situación del cónyuge viudo, especialmente en lo referente a asegurar su continuidad en la vivienda habitual. Sin embargo, si tenemos en cuenta que no es ésta la única medida que adopta el legislador para conseguir esta finalidad, y que esta regla supone una excepción, no es posible realizar una interpretación extensiva de los supuestos a que se refiere. Decimos que supone una excepción porque el párrafo tercero de ese mismo artículo dispone que se aplicarán los artículos 631 y 634 del *Code* a este derecho de uso y habitación, por lo tanto, la regla general es que no se podrá arrendar ni ceder.

Por todo esto, entendemos que debe realizarse una interpretación restrictiva de los supuestos en que es posible ceder en arrendamiento la vivienda, pues de lo contrario quedaría desvirtuada la esencia de este derecho. La existencia de esta excepción ya supone, en palabras de BEIGNIER (58), un atentado contra la ortodoxia jurídica, aunque la intención del legislador sea loable, como para llevar a cabo una interpretación extensiva. Por otra parte, este autor (59) nos ofrece una fuente de interpretación auténtica para poder determinar a qué supuestos se refiere la excepción. Ésta se debe al Senado, que pensó en aquellas situaciones en las que el cónyuge viudo necesitase un cambio de residencia, en otra vivienda o en un centro especializado, por motivos de dependencia, movilidad reducida o enfermedad.

3.º LA SUCESIÓN INTESADA

La Ley de 2001 reforma profundamente el orden sucesorio en la sucesión intestada, situando al cónyuge viudo en una posición privilegiada frente a la herencia de su consorte, muerto sin testamento.

En la redacción anterior a la reforma, los artículos 731 y siguientes del *Code* establecían un orden sucesorio que situaba a los hijos y descendientes en primer lugar y después alternaba a los ascendientes y colaterales, pues, a

(57) KÉRAVEC, T., MALLET, E., «Réforme des successions...», *op. cit.*, pág. 950.

(58) BEIGNIER, B., «La loi du 3 décembre 2001: achèvement...», *op. cit.*, pág. 6.

(59) BEIGNIER, B., «La loi du 3 décembre 2001: achèvement...», *op. cit.*, pág. 6: «Deux hypothèses sont à entrevoir. La première est celle d'un logement devenu trop vaste. Une famille nombreuse y logeait, ne subsiste qu'un personne. La raison commande de rechercher un logement plus adapté à la fin de la vie. On peut aussi, plus simplement, imaginer, un logement qui ne convient plus du fait de son emplacement: étages sans ascenseur, ou situé dans un endroit trop éloigné du reste de la famille. La seconde est celle où la grande vieillesse commandera de quitter définitivement l'appartement pour se retirer dans une maison de retraite. Dans ces deux cas, la mise en location de l'appartement permettra de fiancer un nouveau bail ou le paiement du séjour».

diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el que hay que agotar la línea ascendente para llamar a los colaterales, el sistema francés basa el llamamiento en la sucesión intestada, a falta de hijos y descendientes, en dos criterios:

- Dentro de la línea ascendente y de la colateral, diferencia los ascendientes y colaterales privilegiados que son los padres y los hermanos e hijos de hermanos, de modo que, existiendo estos últimos, no se llama a la herencia a ulteriores ascendientes (ordinarios).
- Los padres, ascendientes privilegiados, no excluyen a los hermanos e hijos de hermanos, sino que ambas líneas concurren a la sucesión y se reparten la herencia.

Estos dos criterios siguen vigentes tras la reforma, ya que siguen existiendo ascendientes y colaterales privilegiados y se mantiene el sistema de concurrencia por el que la presencia de ascendientes no excluye a los colaterales.

La novedad consiste en que, ahora, en presencia de cónyuge viudo, él es el que concurre en la herencia del premuerto, y lo más destacable es que esa concurrencia se produce en todo caso, es decir, incluso en presencia de hijos y descendientes, y los colaterales, aunque sean privilegiados (hermanos o hijos de hermanos), quedan excluidos de la herencia en presencia de cónyuge viudo (60).

a) *Orden de llamamientos*

En los artículos 735 y siguientes se contiene el orden de llamamientos en la sucesión intestada. Para su estudio vamos a diferenciar dos hipótesis en función de que exista o no cónyuge viudo.

1. Si no existe cónyuge viudo (sucesible, en el sentido que antes vimos)

En este caso, serán llamados a la herencia:

- 1.º Los hijos y descendientes.
- 2.º A falta de hijos y descendientes, heredarán el padre y la madre, a falta también de hermanos e hijos de hermanos.
- 3.º A falta de hijos y descendientes si concurren padres y hermanos o hijos de hermanos, heredarán un cuarto el padre, un cuarto la madre y la

(60) Antes de la reforma, los hermanos e hijos de hermanos excluían totalmente al cónyuge viudo, de modo que éste sólo era llamado a la herencia del premuerto a falta de hijos o descendientes, de padres y de hermanos o hijos de hermanos (antiguo art. 765).

mitad los hermanos o hijos de hermanos. Si falta el padre o la madre, su parte será atribuida a los hermanos o hijos de hermanos y no al otro progenitor.

4.º A falta de hijos y descendientes y de padres serán llamados a la sucesión los hermanos o hijos de hermanos, con exclusión de los demás parientes.

5.º En ausencia de todos los anteriores, heredarán los ascendientes, dividiéndose la herencia por mitad entre la línea paterna y la materna.

6.º En defecto de ascendientes heredarán los colaterales, dividiéndose igualmente por mitad entre los procedentes de la línea paterna y de la materna.

7.º Si no existen parientes colaterales hasta el sexto grado, sucederá el Estado.

2. Si existe cónyuge viudo

Los derechos que se le conceden son variables en función de los parientes con los que concurra.

La novedad más importante reside en que la ley llama al cónyuge a la herencia en plena propiedad, y no como un mero usufructuario, aunque en algunos supuestos el viudo puede optar por el usufructo. Veamos cuál es su participación:

1.º Si concurre con hijos o descendientes podrá optar entre el usufructo universal o un cuarto de la herencia en propiedad, en el caso de que todos los hijos sean comunes. Si alguno de los hijos no es común, no tendrá esta opción y se le adjudicará un cuarto en propiedad. Con ello, indica CORPART (61), el legislador trata de evitar conflictos entre el cónyuge usufructuario y los nudo propietarios que no sean sus propios hijos.

2.º A falta de hijos o descendientes, si el cónyuge viudo concurre con el padre y la madre, corresponde un cuarto al padre, otro cuarto a la madre y la mitad al cónyuge viudo.

A falta de padre o madre, su parte corresponderá al cónyuge, que heredará tres cuartos en plena propiedad.

El cónyuge viudo ocupa el lugar que antes de la reforma correspondía a los hermanos del difunto, lo que pone de manifiesto la intención del legislador de favorecer la familia nuclear frente a la familia extensa, que como señala BELLIVIER es una de las directrices de la Ley (62).

3.º A falta de hijos o descendientes y de padre y madre, el cónyuge viudo será el heredero universal, excluyendo así a los hermanos y demás parientes del difunto.

(61) CORPART, I., «L'amélioration de la protection...», *op. cit.*, pág. 2954.

(62) BELLIVIER, F., ROCHFELD, J., en las «Crónicas...», *op. cit.*, pág. 159.

b) *El llamamiento en usufructo*

Ya hemos visto cómo la Ley concede al cónyuge viudo derechos en plena propiedad, pero, en el caso de que concurra con hijos o descendientes comunes puede optar por el usufructo universal.

Para este supuesto, la Ley regula dos cuestiones: la opción y la conversión.

1. La facultad de optar entre el usufructo o el cuarto en propiedad corresponde al cónyuge, no a los demás herederos, aunque cualquiera de éstos puede requerir al viudo por escrito para que ejercite la opción.

En caso de que el cónyuge no ejercite su opción dentro del plazo de tres meses o si fallece sin haberla ejercitado, el artículo 758-4 determina que se estimará que el cónyuge ha optado por el usufructo.

2. La conversión del usufructo se regula en los artículos 759 a 762, que se aplicarán a cualquier usufructo que corresponda al cónyuge viudo, y no sólo al consagrado en la sucesión intestada (63).

El usufructo puede convertirse en renta vitalicia o en un capital y es una facultad cuyo ejercicio se concede a los herederos nudo propietarios y al cónyuge viudo y no podrán renunciar a ella ni ser privados de la misma por el testador. Se consagra, por tanto, como una regla de orden público.

4.º LOS DERECHOS LEGITIMARIOS (64)

La generosidad que el legislador francés ha demostrado con el cónyuge viudo al regular la sucesión intestada, se reduce sensiblemente en el tema de la legítima, aunque no podemos olvidar que, hasta este momento, el viudo era excluido del llamamiento legítimo que sólo correspondía a los descendientes y ascendientes. La nueva redacción de los artículos 913 y siguientes convierte al viudo en legítimo. Pero no en todo caso.

El cónyuge viudo sólo será legítimo en defecto de hijos o descendientes y de ascendientes, pues existiendo éstos sólo ellos tendrán tal condición. Se trata, por tanto, de un legítimo de tercer orden. La cuantía de su legítima es de un cuarto de la herencia en plena propiedad (65). Parece, como

(63) Artículo 759 del *Code*: «Tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nus-propriétaires ou du conjoint successible lui-même».

(64) Debemos tener en cuenta que, por influencia del Derecho consuetudinario, la legítima en Francia se denomina reserva, y a los legítimos reservatarios.

(65) Artículo 914-1 del *Code*: «Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si à défaut de descendant et d'ascendant, le

pone de manifiesto THOMAS-DAVID (66), que el legislador ha preferido sacrificar una parte de la reserva hereditaria o legítima del cónyuge viudo a cambio de aumentar sus derechos sucesorios intestados.

El artículo 914-1 hace referencia a los ascendientes sin más, privando al cónyuge viudo de la legítima en presencia de éstos. Sin embargo, entendemos que la referencia debe entenderse hecha a los ascendientes privilegiados, es decir, a los padres, por lo que, en ausencia de éstos, el viudo será legitimario. Entenderlo de otro modo como referido a todos los ascendientes sería contrario a la interpretación sistemática del Derecho Sucesorio francés en el que, como hemos visto, se diferencian los ascendientes ordinarios de los privilegiados, y en el que, como pone de manifiesto BEIGNIER (67), sólo los ascendientes privilegiados tienen la consideración de legitimarios, luego sería una paradoja que la presencia de ulteriores ascendientes pudiese privar al cónyuge de su legítima.

Finalmente, debemos observar que ni siquiera la condición de cónyuge sucesible, que el legislador definía para el llamamiento intestado, es aquí aplicable, pues, como vimos, será llamado a la sucesión intestada el cónyuge no divorciado o contra el que no exista sentencia de separación que tenga fuerza de cosa juzgada (art. 732). Sin embargo, el artículo 914-1 excluye de la legítima, también al cónyuge que se encuentre incurso en un procedimiento de separación o divorcio.

5.º VALORACIÓN FINAL

La Ley de reforma de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, en una primera aproximación, supone un cambio radical y de gran trascendencia para el mismo, que utiliza diversos expedientes para conseguir la finalidad de mantenerle en el mismo nivel de vida que tenía antes del fallecimiento del consorte.

Sin embargo, la visión de conjunto de todas las instituciones que crea o modifica, desde el derecho de alojamiento hasta la legítima, pasando por el orden en la sucesión intestada, nos produce una sensación menos eufórica que la inicial con que afrontamos el estudio de esta Ley. No tratamos de restar

défunt laisse un conjoint survivant, non divorce, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps».

(66) THOMAS-DAVID, B., «La réforme des droits du conjoint survivant en présence de descendants et le maintien de l'utilité des dispositions pour cause de mort entre époux», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 15-16, 12 avril 2002, págs. 593-597, pág. 593.

(67) BEIGNIER, B., «La Loi du...», *op. cit.*, pág. 8.

trascendencia a su consagración como legitimario o al cambio que se realiza de los llamamientos en la sucesión intestada, situando al cónyuge viudo por delante de casi todos los parientes del difunto y en concurrencia, incluso con los hijos o descendientes.

Lo que ocurre es que prácticamente todas las medidas de protección que el legislador adopta en su favor quedan en manos de la voluntad del premuerto, de modo que, si éste quiere, puede privar al cónyuge viudo de cualquier derecho en su herencia, salvo el derecho temporal de alojamiento por un año, que se configura como norma imperativa. Salvo éste, todos los demás derechos que la Ley concede al cónyuge viudo pueden desaparecer simplemente con un testamento del consorte en el que disponga de todos sus bienes. En tal caso, si existen descendientes o ascendientes privilegiados, el cónyuge viudo no recibirá nada, pues tampoco es legitimario en este caso.

En palabras de LEVILLAN (68), el causante puede desheredar al cónyuge viudo, disponiendo de la integridad de su patrimonio por testamento o por medio de donaciones (69). Con ello nos encontramos que, en presencia de descendientes o ascendientes privilegiados, los derechos del cónyuge viudo quedan en manos del premuerto, pues ni siquiera tiene, como en el Derecho español, el usufructo de una parte de la herencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, MARIANO: «La familia entre el pasado y la modernidad», *Actualidad Civil*, 5-11 de enero de 1998, núm. 1, págs. 1-29.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, vol. 2.º, 2.ª ed., artículos 959 y sigs.
- BEIGNIER, BERNARD: «La Loi du 3 décembre 2001: Achèvement du statut du logement familial», *Droit de la Famille*, Ed. Juris-Classeur, mars 2002, págs. 4-7.
- «La loi du 3 décembre 2001: La qualité d'héritier et sa preuve», *Droit de la Famille*, Ed. Juris-Classeur, mai 2002, págs. 4-6.
- «La loi du 3 décembre 2001: Le conjoint héritier», *Droit de la Famille*, Ed. Juris-Classeur, avril 2002, págs. 4-8.
- «La loi du 3 décembre 2001: Dispositions politiques», *Droit de la Famille*, Ed. Juris-Classeur, février 2002, págs. 4-5.
- BELLIVIER, FLORENCE, ROCHFELD, JUDITH: en las crónicas de la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, janvier-mars 2002, págs. 156-165.

(68) LEVILLAN, N., «Les nouveaux...», *op. cit.*, pág. 355.

(69) En el mismo sentido, MATHIEU, M., «La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 11, 15 mars 2002, págs. 431-436, pág. 433: «Mais, en dehors de ces limitations, el n'est pas douteux que la possibilité d'exhérer le conjoint survivant est demeurée intacte».

- BOULANGER, DAVID: «Les nouveaux droits des parents en l'absence de conjoint successeur», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 20, 17 mai 2002, págs. 715-718.
- BRÉMOND, VINCENT: *Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001*, Petites affiches, 30 juillet 2002, págs. 4-15.
- CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL DE LA: «Compendio de Derecho Sucesorio», *La Ley*, Madrid, 1990.
- «Técnicas de reproducción asistida y su influencia sobre la filiación», *ARAJL*, núm. 29, Madrid, 1999, págs. 261-277.
- CORPART, ISABELLE: «L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi du 3 décembre 2001», *Le Dalloz*, núm. 39, 2002, págs. 2952-2957.
- «Les difficultés liées à la constatation des décès après la loi n.º 2001-1135, décembre 2001», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 36, 6 septembre 2002, págs. 1209-1214.
- DAGOT, MICHEL: «De la preuve de la qualité d'héritier», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 13, 29 mars 2002, págs. 510-514.
- «Nouvelles notoriétés. Loi 3 décembre 2001», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 18-19, 3 mai 2002, págs. 674-716.
- DAVIAUD, PHILIPPE: «La nouvelle indignité successorale», *Le Dalloz*, núm. 23, 2002, págs. 1856-1860.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2001.
- GARÇON, JEAN-PIERRE: «Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 27, 5 juillet 2002, págs. 1004-1008.
- GÓMEZ DE LA TORRE, MARI CRUZ: «La filiación de los hijos nacidos de técnica de reproducción asistida», *Actualidad Civil*, 1993, págs. 299-305.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL: «Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de Sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1995, págs. 181-255.
- HAUSER, J., DELMAS SAINT-HILAIRE, PH.: «Les nouveaux droits du conjoint survivant en France suite à la loi du 3 décembre 2001», *Revue trimestrielle de Droit familial*, núm. 3, 2002, págs. 441-445.
- JUGLART, MICHEL: *Cours de Droit Civil*, tomo II, Montchrestien, Paris, 1988.
- KÉRAVEC, THIERRY, et MALLET, ÉRIC: «Réforme des successions: La modernisation du droit des successions», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 27, 5 juillet 2002, págs. 985-989.
- «Réforme des successions: Les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 26, 28 juin 2002, págs. 945-952.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1988.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, Trivium, Madrid, 1997.

LEVILLAIN, NATHALIE: «Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8-9, 22 février 2002, págs. 353-357.

— «Le droit au logement temporaire du conjoint survivant», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 29, 19 juillet 2002, págs. 1076-1080.

MATHIEU, MICHEL: «La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 11, 15 mars 2002, págs. 431-436.

MAZEAUD, HENRI: *Leçons de Droit Civil*, IV, vol. 12, Montchrestien, 5.^a ed., Paris, 1999.

PICARD, JEAN: «L'acte de notoriété. Preuve de la qualité d'heritier», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 22, 31 mai 2002, págs. 793-798.

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo I, Dykinson, Madrid, 1989.

RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE: «La famille et le droit au logement», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 2, avril-juin 1991, págs. 245-261.

THOMAS-DAVID, BARBARA: «La réforme des droits du conjoint survivant en présence de descendants et le maintien de l'utilité des dispositions pour cause de mort entre époux», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 15-16, 12 avril 2002, págs. 593-597.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. BMS.: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Civitas, Madrid, 1982.

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Eficacia jurídica de los documentos públicos notariales

(Interpretación integradora de los arts. 1218 del Código Civil, 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17 bis de la Ley del Notariado, y 98 de la Ley 24/2001)

SUMARIO: I. LA NECESIDAD DE UNA ACLARACIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES.—II. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL, 319.1 LEC, 17 BIS LN Y 98 LA: A) LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL Y 319.1 LEC; B) LOS ARTÍCULOS 17 BIS LN Y 98 LA; C) EL ARTÍCULO 17 BIS LN: SU INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CÓDIGO CIVIL Y 319.1 LEC: 1. *Análisis del artículo 17 bis LN*. 2. *Interpretación del artículo 17 bis LN junto con los artículos 1218 del Código Civil y 319.1 LEC: prevalencia del constante entendimiento de estos últimos preceptos en cuanto a la eficacia de la dación de fe*. D) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 98 LA: LO QUE QUISO EL LEGISLADOR Y EL IMPOSIBLE QUE EL PRECEPTO PRETENDE; E) LA BÚSQUEDA DE UN SENTIDO ACEPTABLE PARA EL ARTÍCULO 98 LA: 1. «*Reseña identificativa*» limitada al documento mismo, juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: imposibilidad de un entendimiento racional del artículo 98 LA. 2. La «reseña identificativa» del contenido del documento, con expresión clara y completa de las facultades representativas que consten en el documento reseñado: juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: una interpretación del artículo 98 LA: a) Reseña completa y fiel del contenido del documento, dación de fe y eficacia probatoria; b) Problemas derivados del artículo 98 LA cuando la «reseña identificativa» comprende el contenido del documento: el debido respeto al ejercicio de las funciones judiciales y administrativas legalmente atribuidas y a las correspondientes facultades de determinación de hechos; c) Límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA; d) Ámbito y límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA. Ámbito de la utilidad indiscutible de este precepto.—III. LA EFICACIA EN EL PROCESO DEL DOCUMENTO NOTARIAL CONFECCIO-

NADO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 98 LA: EFICACIA PROBATORIA Y EFICACIA ACREDITATIVA: A) EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO CONFECIONADO CONFORME AL ARTÍCULO 98 LA. B) EFICACIA ACREDITATIVA O DE *SEMIPLENA PROBATIO*: 1. *La tesis del artículo 98 LA como norma especial de carga de la prueba*. 2. *Análisis crítico de la tesis anterior*. 3. *Recapitulación sobre la eficacia acreditativa del documento del artículo 98 LA*.—IV. CONCLUSIONES.

I. LA NECESIDAD DE UNA ACLARACIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

1. Pese a la amplitud del título, en absoluto injustificada, el principal propósito de este trabajo es aclarar un asunto que, sin hipérbole, reviste la máxima importancia: la eficacia jurídica *directa e inmediata* de los documentos públicos y, específicamente, los notariales. Esa concreta eficacia jurídica es la de acreditamiento o justificación y la probatoria, es decir, la de fundamentar un juicio de probabilidad cualificada de la verdad (*semiplena probatio*) o la de basar la fijación procesal de la certeza, respectivamente. De forma indirecta y mediata, los documentos públicos notariales tienen la eficacia jurídica que corresponda a la virtualidad que el Derecho objetivo anude a los hechos acreditados o probados. Además, ni que decir tiene que esos documentos contribuyen muy poderosamente a la normalidad y fluidez de la vida social con relevancia para el Derecho, al dotar de efectividad a innumerables negocios jurídicos.

Si resulta necesaria una aclaración de un asunto de tamaño importancia como la eficacia jurídica probatoria y acreditativa de muchos documentos notariales, es sólo a causa de dos reformas legales, generadas, ambas, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («Ley de Acompañamiento»: publicada en el *BOE* de 31 de diciembre de 2001; en adelante, LA): el artículo 17 bis de la Ley del Notariado (LN) y el artículo 98 de la misma Ley 24/2001.

Hasta la aprobación de estos dos preceptos, la doctrina científica y la jurisprudencia eran sustancialmente pacíficas al interpretar el artículo 1218 del Código Civil (en adelante, CC), en relación con las normas del ordenamiento procesal y, más en concreto, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con su artículo 319.1 y los concordantes. Ahora, no cabe ignorar lo producido por la tan repetida Ley 24/2001.

2. Una última observación acerca del enfoque de este trabajo. Es sabido que esa LA, la Ley 24/2001, ha generado, a causa de su artículo 98, un neto conflicto entre algunos Notarios y algunos Registradores de la Propiedad y, además, entre el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Contra lo que algunos superficiales observadores (y ciertos protagonistas) puedan pensar y afirmar, ese enfrentamiento o conflicto no constituye una discusión gremial, en la que se ventile exclusiva o principalmente dinero o prestigio, o ambos: están en juego valores y bienes jurídicos, algunos de ellos concernientes a infinidad de negocios y sujetos jurídicos. Con todo, aquí nos importa el pleno y primordial significado de los preceptos positivos producidos por la Ley 24/2001 en relación con otros preceptos legales anteriores (el art. 1218 CC y el art. 319.1 LEC), lo que significa que el enfoque de este trabajo no es tratar de las repercusiones del artículo 98 LA en las relaciones entre Notarios y Registradores, por más que ese aspecto —en absoluto desdeñable, desde luego— sea el que ha alcanzado más relieve público hasta la fecha.

Que ahora nosotros nos interese sobre todo por la ya indicada cuestión de la eficacia jurídica *directa e inmediata* de los documentos públicos notariales explica que, con todo respeto a enfoques diferentes, dejemos a un lado las argumentaciones desplegadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para intentar resolver el referido enfrentamiento y obviemos incluso la «jurisprudencia menor» hasta ahora recaída en el mismo marco (1). Innegablemente, las conclusiones que alcancemos serán aplicables al conflicto señalado, pero el problema jurídico no es ese conflicto, sino la reciente producción de normas positivas poco afortunadas y mal avenidas con las clásicas, preexistentes y no derogadas, sino vigentes y razonables.

II. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC, 319.1 LEC, 17 BIS LN Y 98 LA

3. Alcanzar la meta perseguida por estas páginas requiere un análisis crítico de esas normas y una interpretación integradora o sistemática de ellas,

(1) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 12 de abril de 2002, «sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, respecto de los títulos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles» (publicada en el *BOE* de 16 de mayo de 2002). *Vid.*, asimismo, PRATS ALBENTOSA, L., «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001», en *Diario La Ley*, 18 de julio de 2003, págs. 1-7. Expresar el análisis pormenorizado de la citada RDGRN supondría un espacio y, para el lector, un tiempo, que resultarían de escasa utilidad. Con la idea de resolver un conflicto determinado, la DG parece despreocupada de la doctrina jurídica preexistente (y pacífica) sobre los documentos autorizados por fedatario y sobre la dación de fe y prescinde, de hecho, de la hermenéutica jurídica, entregándose a la consecución de una decisión mediante un lenguaje que, so capa de iniciático, pone de manifiesto muchas deficiencias básicas. Por lo que respecta a la «jurisprudencia menor», se ciñe a resolver los casos atendiendo a la formulación del artículo 98 LA, sin apenas el análisis jurídico general necesario para la integración de ese precepto en el conjunto de nuestro Ordenamiento.

sin perder de vista nunca, desde luego, la interpretación teleológica. Presentan todas el denominador común de tratar de los documentos públicos y más en concreto, las dos normas más recientes sobre los documentos autorizados por Notario.

Los cuatro preceptos mencionados se pueden agrupar, en razón de la armonía entre dos pares de ellos, en dos parejas. Los dos preceptos que componen cada una de ellas son similares y parecen responder a parámetros semejantes. En cambio, las dos parejas, que son muy distintas, no pueden estar bien avenidas. Por este motivo, la interpretación sistemática del conjunto aparece, en principio, como problemática.

Una pareja la forman los artículos 1218 del CC y 319 LEC. La otra está constituida por el artículo 17 bis LN, aprobado por la Ley 24/2001 (LA) y por el artículo 98 de la misma LA.

A) LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC Y 319.1 LEC

4. Comencemos por la primera pareja y, para mayor comodidad del lector, veamos, ante todo, el tenor literal de los preceptos.

El del artículo 1218 del CC es éste:

«Los documentos públicos *harán prueba*, aun contra tercero, del *hecho que motiva su otorgamiento* y de la *fecha* de éste».

«También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

Por su parte, el artículo 319.1 LEC dice así:

«Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos (...) *harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten*, de la *fecha* en que se produce esa documentación y de la *identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella*».

5. El examen comparativo revela, en primer lugar, la diferencia entre «prueba» a secas y «prueba plena». Sin embargo, esta diferencia no supone problema alguno. Parece lógico que una ley procesal del año 2000 se exprese con la precisión correspondiente a esa naturaleza y a ese tiempo. Así, a fin de no dejar dudas, se utilizan los términos «prueba plena», opuestos, por un lado, a *semiplena probatio* o acreditamiento y, por otro, a prueba que cabría denominar simple, esto es, de aquéllas que es preciso valorar junto a otras relativas al mismo hecho, si las hay. En la LEC, «prueba plena» significa la

que por sí sola determina la fijación de un hecho como cierto a los efectos de un proceso.

6. «Hecho que motiva su otorgamiento» y «hecho, acto o estado de cosas que documenten» vienen a significar lo mismo: simplemente, la LEC no mira tanto como el CC hacia los instrumentos públicos que documentan negocios jurídicos (escrituras en sentido estricto) (2) y tiene más en cuenta la existencia de documentos públicos que materializan actos que no tienen por qué constituir un negocio jurídico. Parece obvio que las referencias al «hecho» y al «acto o estado de cosas» incluyen dejar constancia de sus coordenadas espacio-temporales.

Ambos preceptos tienen igual contenido respecto de la fecha del documento.

7. El artículo 1218 del CC no se refiere explícitamente a los sujetos, mientras que sí lo hace el artículo 319.1 LEC. Cabe entender, y así se ha entendido durante más de un siglo, que el elemento subjetivo está implícito en el artículo 1218 del CC al mencionar el «hecho»: en el documento han de aparecer el o los protagonistas del «hecho», sin los cuales éste no resultaría plenamente identificado.

8. Son de señalar, finalmente, algunos parecidos entre ambos preceptos, el del CC y el de la LEC. En primer lugar, ambos miran a la *prueba* y no se ocupan directa y expresamente de la dación de fe, pues no disponen de qué da fe el fedatario ni usan la expresión «hacer fe». En segundo lugar, los dos preceptos integran dos grandes cuerpos legales desde su origen y cabe suponer que fueron ideados y redactados en el amplio contexto de la elaboración de esas dos grandes leyes.

9. El examen preliminar de los dos preceptos de la primera *pareja* conduce a considerarlos conformes y armónicos. Según ambos preceptos, ha sido —y es aún— pacífico el entendimiento:

- a) de que la dación de fe sólo tiene como objeto hechos perceptibles por los sentidos del fedatario;
- b) de que la exhibición de copia auténtica del documento en que interviene un fedatario público produce seguridad en el tráfico respecto de la certeza de los hechos objeto de dación de fe;
- c) de que la aportación a un proceso de una copia auténtica debe conducir a la fijación, en ese proceso, de la certeza procesal de los hechos que consten presenciados por el fedatario, siempre que no se impugne la autenticidad de la copia o si, impugnada, la copia resulta conforme con el original o matriz.

(2) «Otorgamiento» nos parece un término poco apropiado, por ejemplo, para un acta que refleje una declaración de conocimiento o unas operaciones manuales (un sorteo, por ejemplo) presenciadas por el Notario.

Complementado todo esto en sentido negativo, resulta que si los hechos objeto de dación de fe son declaraciones de conocimiento, la dación de fe prueba la realidad de las declaraciones, pero no la realidad de lo declarado. Si los hechos son declaraciones de voluntad, la dación de fe alcanza sólo a tener por ciertas esas declaraciones con el concreto contenido que conste en el documento, pero no a establecer el sentido de lo declarado ni a determinar, por tanto, su eficacia jurídico-sustantiva. La jurisprudencia pacífica se patentiza, por ejemplo, en las SSTs 176/2000, de 24 de febrero (RJ 2000/757), 1210/2000, de 22 de diciembre (RJ 2000/10137) y 1005/2001, de 2 de noviembre (RJ 2001/9642).

B) LOS ARTÍCULOS 17 BIS LN Y 98 LA

10. Procedamos ahora a considerar la segunda *pareja*.

Del artículo 17 bis de la Ley del Notariado importan los siguientes términos de la letra a) del apartado 2:

«Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá *dar fe* de la *identidad de los otorgantes*, de que a su juicio tienen *capacidad y legitimación*, de que *el consentimiento ha sido libremente prestado* y de que *el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada* de los otorgantes o intervinientes» (la cursiva es nuestra).

E interesan también los términos de la letra b) del mismo apartado 2:

«Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, *gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro* de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes» (la cursiva es nuestra).

El artículo 98 de la LA, interesa en su totalidad. El apartado 1 dice así:

«En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una *reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada* y expresará que, a su *juicio*, son *suficientes* las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento público se refiera» (la cursiva es nuestra).

El apartado 2 del artículo 98 LA, en la misma línea del artículo 17 bis LN, dispone lo siguiente:

«La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario» (la cursiva es nuestra).

Finalmente, el apartado 3 del artículo 98 es del siguiente tenor:

«Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquellos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita» (la cursiva es nuestra).

11. El artículo 17 bis LN y el artículo 98 LA forman *pareja* con claras afinidades. Por una parte, se trata de reformas parciales o aisladas, que, producidas en el mismo momento histórico, constituyen una legislación que, cuando menos, merece ser calificada de extravagante (en sentido clásico y, probablemente, según veremos, también en sentido coloquial o vulgar). Por otra parte, en ambos miembros de la *pareja* se habla de dar fe o de hacer fe y no de prueba. Asimismo, los dos preceptos tienen en común, como se demostrará, confundir deplorablemente el *objeto* de la *dación de fe* y el *contenido* del documento notarial, como si esto último hubiera de coincidir del todo con lo primero.

Veamos estos dos preceptos con detalle.

C) EL ARTÍCULO 17 BIS LN: SU INTERPRETACIÓN EN RELACIÓN
CON LOS ARTÍCULOS 1218 DEL CC Y 319.1 LEC

1. *Análisis del artículo 17 bis LN*

12. Por lo que respecta al artículo 17 bis LN, en primer término llama la atención que, pese a tratarse de un precepto relativo a los «documentos públicos notariales» en general, la redacción responde más bien a lo que sería propio de los documentos notariales que, en concreto, materializan negocios jurídicos (las escrituras, entendidas como especie y no como denominación genérica del documento notarial).

Pero, en segundo término, asombra —a la luz de la *communis opinio* sobre el objeto de la dación de fe— que literalmente se pretenda imponer un deber de dar fe respecto de varios extremos en absoluto perceptibles por los sentidos del fedatario. Así, por un lado, dar fe de una cualidad del ánimo y

de la voluntad, como es la libertad del consentimiento y, por otro, dar fe de algo inmaterial como la adecuación a la legalidad o la adecuación a la voluntad debidamente informada. Además, la expresión «debidamente informada» entraña un juicio doble: primero, acerca del acierto de la actividad informadora y, segundo, acerca de la buena comprensión de la información por su receptor.

Parece obvio que el Notario no puede conocer el estado de libertad plena con el que una persona presta su consentimiento o realiza una declaración y sólo podría percibir que esa persona dice actuar libre o debidamente informada.

En cuanto a la adecuación a la legalidad, ningún fedatario —en rigor, nadie, sea o no fedatario— percibe por los sentidos una tal cualidad de una declaración o de una manifestación de voluntad. Lo que le cabe al fedatario es dejar constancia de su personal juicio sobre legalidad, juicio llevado a cabo por el fedatario, pero no en cuanto tal, sino en cuanto conocedor del Derecho.

El documento del Notario puede dejar constancia de que, como dice el precepto, «a su juicio», los comparecientes tienen «capacidad y legitimación». En cambio, no puede dar fe de la capacidad y de la legitimación. Y acerca de la libertad y de la legalidad, el documento notarial puede también expresar los juicios del fedatario, pero lo que el precepto dice resulta imposible: sobre capacidad, legitimación, libertad y legalidad no cabe dación de fe, porque, insistimos, ésta se proyecta sólo sobre lo que es perceptible por los sentidos externos.

13. Ocurre, además, con el artículo 17 bis LN, que si la dación de fe de la letra *a*) del apartado 2 fuese auténtica y, por tanto, hiciese prueba plena, resultaría difícil de explicar lo que se afirma en la letra *b*) del mismo apartado y precepto, a saber: que el contenido del documento «se presume veraz». Aunque se defendiese y se estableciese que no estamos en presencia de una genuina presunción —que exige dos hechos: el indicio o «base» y el presunto—, parece poco dudoso que la presunción de veracidad significa posibilidad de demostrar el error o falsedad, algo semejante a la posible prueba en contrario de las auténticas presunciones *iuris tantum*. Mas, en tal caso, quedaría menoscabada la prueba *plena* sobre hechos que sean objeto genuino de la dación de fe. Así, pues, la índole defectuosa del artículo 17 bis LN llega hasta el extremo de contener disposiciones contradictorias (3).

(3) La contradicción que señalamos no se disuelve o desaparece a base de entender que la «presunción de veracidad» significa que el valor probatorio del documento público notarial, aportado al proceso por copia auténtica, depende de la no impugnación intraprocesal de la autenticidad de la copia o de que no se pida y obtenga la declaración jurisdiccional de falsedad. Que la copia auténtica de un documento notarial haga «prueba plena» significa, no que esté *permitido* tener como cierto el hecho objeto de la dación de fe, sino que es *exigible* al juzgador fijar la certeza procesal de ese hecho. Cuando cabe «prueba

2. *Interpretación del artículo 17 bis LN junto con los artículos 1218 CC y 319.1 LEC: prevalencia del constante entendimiento de estos últimos preceptos en cuanto a la eficacia de la dación de fe*

14. El artículo 17 bis LN consta de ocho apartados. Sólo el primero y los seis últimos se refieren específica y únicamente al documento notarial en soporte electrónico con firma electrónica avanzada del Notario. La justificación general del artículo 17 bis LN es, a todas luces, introducir un precepto nuevo para una realidad nueva: los soportes electrónicos y la denominada firma electrónica avanzada. La Ley 24/2001 no ha querido modificar y no ha modificado ningún precepto del Código Civil ni de la Ley del Notariado, de 1862: se ha limitado a *añadir* un precepto nuevo a este último cuerpo legal.

Sentado lo anterior, que consideramos indiscutible, nótese que todos los puntos que, en relación con el artículo 17 bis LN, se han analizado y criticado no se refieren específicamente al documento notarial electrónico con firma electrónica (simple o avanzada) del Notario, sino a cuanto, con ocasión de ocuparse de estas novedades, se dice sobre cualesquiera documentos notariales, sea cual sea su soporte. Resulta claro, por tanto, que la oportunidad de legislar sobre la firma electrónica del Notario y el documento electrónico así firmado ha sido aprovechada, en uno (el 2) de los ocho apartados del artículo 17 bis LN, para formular afirmaciones generales acerca de los documentos públicos notariales.

Esas afirmaciones carecen, como se ha visto, de precisión y de rigor técnico-jurídico. Si, además de este grave defecto, se repara en que, como se acaba de señalar, la Ley 24/2001 no modifica ni el CC ni la misma LN, resulta fuera de duda que los dislates expresivos de ese único apartado, el segundo, del artículo 17 bis LN, no pueden prevalecer sobre la debida interpretación de los artículos 1218 del CC y 319.1 LEC, que, según se dijo, es pacífica en la jurisprudencia y la doctrina científica (cfr. *supra*, núm. 9).

Por supuesto, las disposiciones de los apartados 1 y 3 a 8 del artículo 17 bis LN valdrán lo que soporte su *ratio iuris*, que no es objeto de este trabajo.

en contrario» no se está apuntando al cotejo de la copia con el original o a la declaración jurisdiccional de falsedad, sino a que lo que se presume sólo *puede* ser tenido como cierto, siempre a expensas de que no se pruebe, por otros medios de prueba cualesquiera: a) la certeza negativa del hecho (es decir, que no se ha producido); b) la certeza positiva de hechos incompatibles con el hecho presunto; c) la inexistencia en el caso de «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (arg. arts. 383 y 386 LEC).

D) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 98 LA: LO QUE QUISO EL LEGISLADOR
Y EL IMPOSIBLE QUE EL PRECEPTO PRETENDE

15. En cuanto al artículo 98 LA, ya nos ocupamos de él en otra ocasión (4). Pero ahora podemos desarrollar el núcleo de nuestro anterior trabajo, una vez confirmada la solidez de ese núcleo, no sólo por no haberlo cuestionado nadie, sino por haber sido expresamente reconocido como certero cuando se ha discrepado del conjunto de dicho trabajo (5). Prescindiremos aquí de aspectos no determinantes de la interpretación (6) y de algún anterior argumento colateral (7) susceptible de matización, pero añadiremos nuevas consideraciones y ofreceremos conclusiones perfiladas.

16. El apartado 1 del artículo 98 LA no suscita, en sí mismo y por sí solo, especial problema de inteligibilidad. Las cuestiones problemáticas surgen cuando este apartado 1 del artículo 98 LA se pone en relación con el

(4) Cfr. nuestro trabajo «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (A propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)», en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre de 2002, págs. 19-25.

(5) Cfr. MONTERO AROCA, «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *Diario La Ley*, núm. 5748, del jueves 27 de marzo de 2003, págs. 1 a 8.

(6) En concreto, de la improcedencia de que el Notario dé fe de su propia identidad y de su propia presencia. El artículo 139 del RN, en sede de «incompatibilidades», permite que los Notarios, con la antefirma «por mí y ante mí», autoricen escrituras en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan «derechos a su favor» y, en concreto, les permite autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones, así como otros actos o contratos en que sean parte la esposa (o el marido) del Notario y ciertos parientes. Es claro, por tanto, que los Notarios pueden dar fe de su presencia, de su identidad y de sus declaraciones de voluntad. Sigo pensando, no obstante, que, aunque sea legal, resulta jurídicamente heterodoxa esa intervención del Notario *in re sua*. Si, como establece ahora el artículo 17-bis LN, el Notario emite juicios de capacidad, de legitimación y de adecuación a la legalidad, ¿es razonable que el Notario juzgue su propia capacidad en asunto de su propio interés? Se trataría de un enjuiciamiento en el que coincidirán el juez y la parte, lo que no suele reputarse jurídicamente impecable.

(7) Es innegable que, como recuerda MONTERO AROCA (*op. cit.*, págs. 3 y 4), el antiguo «bastanteo» de los poderes «para pleitos», a cargo de un Abogado (casi nunca el asesor de la parte procesal), debía suponer un juicio del Abogado respecto de la suficiencia en relación con determinadas actuaciones procesales, cosa distinta del juicio notarial sobre la representación. Lo que tampoco es dudoso es que al Notario, en cuanto conocedor del Derecho, podía habersele atribuido ese juicio de suficiencia siempre que se otorgasen poderes especiales para pleitos, pero nadie pidió tal atribución, como argumento contra el «bastanteo». Nada impedía que, en el caso de los poderes especiales, el poderdante manifestase al Notario para qué fin procesal pretendía utilizarlo y el Notario juzgase sobre la suficiencia, dejando constancia de su juicio. Nótese que, según el artículo 17-bis LN, se exigen del Notario juicios jurídicos que parecen tan teñidos de relatividad como el que exigiría un «bastanteo» que se hubiese tomado en serio.

apartado 2. Pero, a nuestro entender, es inteligible lo que el precepto impone al Notario: insertar una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresar «que, a su *juicio*, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento público se refiera». Por si el tenor literal del apartado 1 no bastara, la RDGRN, de 12 de abril de 2002, señala que «este sistema de reseña del documento acreditativo y expresión de la valoración de la suficiencia de la representación es imperativo, por cuanto la Ley lo impone como obligación y no como facultad del Notario autorizante, de modo que una y otra exigencia son, en todo caso, imprescindibles y no quedan cumplidas —añade— por la mera transcripción o incorporación, total o parcial, del documento representativo aportado con omisión de la expresión de dicha valoración...».

A la pregunta sobre el por qué de la obligatoriedad de la reseña viene a ofrecer respuesta la misma RDGRN, acto seguido de lo que se acaba de transcribir, cuando habla de «un estéril encarecimiento» consiguiente a la incorporación o transcripción. Tenemos así confirmación expresa del propósito del legislador al incluir este artículo 98 en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de «Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social»: *abatar los costes notariales de cientos de miles de negocios jurídicos* (8). No se debe perder de vista este dato a lo largo del análisis crítico de los problemas y a la hora de ofrecer respuestas razonables.

17. Decíamos que los graves problemas surgen cuando el apartado 1 del artículo 98 LA se pone en relación con el apartado 2 del mismo precepto. Ocurre, en efecto, que, según este apartado 2, la reseña identificativa del documento y el juicio o valoración del Notario —dos elementos absolutamente heterogéneos— «*harán fe* suficiente, por sí solas, de la *representación acreditada*». Resulta indiscutible que en esta frase se usa el concepto «hacer fe» por su relación con la noción de «dar fe», expresamente utilizada en el apartado 3 del mismo artículo 98 LA. Esto sentado, pasamos a examinar con detalle el precepto.

De entrada, volvemos a señalar algunos pormenores poco afortunados de esa norma positiva, como la adjetivación de «suficiente» respecto de la fe pública y los términos «por sí solas». Porque ni se entiende que el «hacer fe» pueda ser «insuficiente» o «suficiente» ni puede encontrarse justificación técnico-jurídica para la enfatización «por sí solas». Después, constituye un dislate escribir que una «representación *acreditada*» sea objeto del «hacer

(8) Existían y existen otros modos de lograr esa laudable finalidad, sin crear los problemas que, como se verá enseguida, suscita el artículo 98 LA. Dejando a un lado una reforma del sistema retributivo de las actuaciones notariales, hubiera podido —y aun podría— imponerse lo que permite el artículo 166 RN.

fe»: carece de sentido que se dé y se haga fe sobre algo *acreditado* (9). Pero lo principal es que la representación, como cualidad jurídica resultante de un mandato representativo, en modo alguno puede ser objeto de una dación de fe y, por ende, la dación de fe —que siempre, como se ha dicho, se proyecta sobre hechos— no puede engendrar nada distinto de la certeza sobre hechos. De lo que el Notario podría dar fe es de hechos constitutivos del negocio jurídico que determina la existencia de representación. Veremos más adelante si esto es, en realidad, lo que hace el Notario conforme al artículo 98.2 LA.

18. Dejemos claro, con carácter preliminar, nuestro reconocimiento de que la dación de fe no es la única función del Notario. Cuando se producen ante él declaraciones de voluntad (e incluso de conocimiento) con relevancia jurídica, el Notario pone en juego su ciencia jurídica, a distintos efectos, que es innecesario exponer aquí. No se quiere negar que el Notario pueda llevar a cabo una valoración jurídica o que incluso deba hacerlo, por imperativo de un precepto legal. Lo que aquí se pretende es insistir en que no deben confundirse, mezclarse o implicarse descuidadamente dos acciones de diversa naturaleza: la dación de fe y el asesoramiento jurídico.

Así, pues, cabe que el documento notarial se integre o complete con la expresión de un juicio de suficiencia a cargo del Notario. Pero ni este juicio de suficiencia constituye dación de fe ni es, en rigor, objeto de dación de fe, porque un juicio no es un hecho perceptible por los sentidos. Es suficiente, por lo demás, con la expresión por el Notario de su juicio o dictamen.

19. El apartado 3 del artículo 98 de la Ley 24/2001 incurre en un error semejante al que se acaba de señalar. Cuando ese precepto dispone que «en los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, *el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*», parece —sólo es apariencia— que el fedatario testificaría cualificadamente un hecho: «no hay nada...». Pero, bien mirado, no es así. Porque que «no hay nada que *restrinja ni, en forma alguna,*

(9) *Hacer fe* por un Notario connota *prueba plena* y, por tanto, fundamento de la fijación de la *certeza*, mientras que, en el ámbito de la técnica jurídica procesal, *acreditar* significa *semiplena probatio*, es decir, fundamento de un juicio de *probabilidad cualificada*. Está claro que el artículo 98.2 LA no utiliza el término «acreditar» en sentido propio según la técnica jurídica. Y es casi seguro que al hablar de «representación acreditada» como objeto de la dación de fe y del «hacer fe» el precepto quiere significar que la representación de la que se da fe (?) es precisamente la que derive de los documentos que el Notario haya tenido a la vista y que tiene que haber reseñado. Pese a esta explicación, el tenor literal sigue siendo desafortunado, porque, literalmente, parece que habría una suerte de misteriosa eficacia de la dación de fe, consistente en convertir en procesalmente cierto lo que fuese ya muy probable. Y no es eso lo que sucede. La dación de fe determina por sí sola, de ordinario, la certeza procesal de lo que sea genuino objeto de esa dación de fe, aunque previamente no hubiese elementos que fundamentasen un juicio de probabilidad, simple o cualificada.

modifique o condicione la parte transcrita» exige un juicio, que, concretamente, consistiría, dicho esquemáticamente, en una valoración jurídica (no restricción, modificación o condición) sobre elementos fácticos (parte no transcrita de uno o varios documentos). Así, pues, en su apartado 3 el artículo 98 pretende nuevamente —y aquí con expresión clarísima: «el Notario dará fe...»— que el Notario ejerza como fedatario de un juicio y, por añadidura, de un juicio propio.

Insistimos en que un Notario puede, desde luego, hacer constar en un instrumento público un juicio o apreciación suya. Puede, por tanto, dejar afirmado que, a su juicio, no hay en la parte no transcrita de un documento «*nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*». Lo que ha de quedar meridianamente claro es que esa afirmación no está comprendida en el ámbito de la dación de fe. El Notario no da fe de su propio juicio: sencillamente lo expresa o asevera. El resultado es el mismo: consta sin lugar a dudas que el Notario ha emitido un juicio en una determinada fecha, pero que los efectos sean iguales no debe confundirnos sobre las causas. El documento notarial deja indiscutible constancia del juicio del fedatario, pero los elementos fácticos en que se basa el juicio sólo quedarán probados si son objeto de la dación de fe, en sentido estricto.

20. Una mirada al artículo 166 del Reglamento Notarial (en la redacción dada por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio) ayuda a remachar lo anterior. Como se verá de inmediato, la semejanza del contenido de este precepto reglamentario con el apartado 3 del artículo 98 LA no precisa explicación, pero la diferencia es sumamente ilustrativa. El citado Reglamento, tras prescribir que, respecto de los documentos fehacientes que acrediten la representación, «basta con que de dichos documentos se inserte lo pertinente», añade: «*aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*».

El artículo 166 RN resulta atinado en su expresión porque *aseverar* es actividad distinta de *dar fe*. Aseverar (10) es, cabalmente, lo que sí puede hacer un Notario: afirmar algo y, en el caso que nos ocupa, afirmar o expresar un juicio propio. El texto del Reglamento prueba que, hasta el artículo 98 LA, en el ámbito del Notariado mismo no se confundían las narraciones de hechos presenciados (sobre los que recaía la dación de fe) y los juicios emitidos.

21. El error craso del artículo 98 LA estriba, a la postre, en pretender este imposible: que la eficacia de la dación de fe (cuyo objeto es necesariamente un hecho) consista, no en producir certeza sobre hechos presenciados

(10) Según el DRAE, «aseverar» es «afirmar o asegurar lo que se dice» y, de ser acertada la indicación terminológica (no siempre acierta el DRAE), resulta que esa palabra castellana proviene de la latina *asseverare* y ésta, a su vez, de *ad* y de *severus*, no de *verus*, verdadero.

por el Notario, sino en dotar de fuerza —y, por añadidura, de *fuerza probatoria*— a un juicio (jurídico, por ende). Así, se confunden y se mezclan el plano de la certeza histórica sobre hechos con otros dos planos muy distintos: el del acierto o el desacierto de un quehacer valorativo y el de la eficacia jurídica (validez, nulidad, etc.).

E) LA BÚSQUEDA DE UN SENTIDO ACEPTABLE PARA EL ARTÍCULO 98 LA

22. En ocasión anterior conjeturamos que, para intentar neutralizar cuanto se lleva dicho, quizá se lanzaría un reproche de conceptualismo o formalismo. No ha habido tal reproche explícito. Pero acertamos al pensar que, frente a nuestra crítica, podría argüirse que, por encima de un desacierto expresivo (11), el artículo 98 de la Ley 24/2001 tiene un significado claro: dotar de eficacia jurídica a un juicio notarial, llevado a cabo a partir de documentos presentados ante el fedatario público y añadido a una dación de fe en sentido estricto.

Pensamos que se vendría a defender que, por encima de sus términos literales, el artículo 98 LA dispone algo acertado: la atribución de una determinada eficacia jurídica —la probatoria— a la asociación de la dación de fe y de la formación jurídica del Notario. Se nos dice, en efecto, que en el artículo 98 LA no habría ningún imposible, ni fáctico ni jurídico: porque, además de dar fe, el Notario puede valorar y la ley puede otorgar eficacia a esa valoración. Y se añade algo decisivo, a saber: que esa concreta eficacia jurídica atribuida es razonable.

23. Así, pues, se ha de revisar la racionalidad del artículo 98 LA o, lo que es igual, hemos de preocuparnos de su *ratio iuris*. Pero, antes de examinar la posible *ratio iuris* de anudar a la conmixtión de dación de fe y juicio jurídico la concreta eficacia prevista en dicho artículo 98 LA, resulta sumamente oportuno volver sobre la cuestión del *fundamento de la ley* (de cualquier ley). Nuestra posición acerca de dicho fundamento era y sigue siendo ésta: que, salvo que se acoja una noción meramente formal de ley, una ley sin *ratio iuris* no es una ley verdadera. Podremos vernos obligados a acatarla o a soportar que se aplique, a causa de la amenaza de unas consecuencias negativas, pero no seremos destinatarios de un genuino precepto jurídico, que no existirá. Con todo respeto a quienes discrepen, entiendo que esta posición me parece mucho más sólida que aquella consistente en sentar el siguiente

(11) Añadimos: «cuya gravedad cabría incluso admitir» (cfr. «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial...», *cit.*, pág. 22). La discrepancia con nuestro análisis se ha producido y publicado, como ya se ha dicho, pero sin admisión de los muy graves errores expresivos del artículo 98 LA. Esto nos parece verdaderamente notable.

axioma: cuando aparece un precepto legal nuevo, necesariamente ese precepto ha de tener un significado aceptable.

Las normas positivas desprovistas de fundamento racional pueden incurrir en el error de disponer imposibles. Si es así, esos preceptos carecerán de eficacia. Porque, por imperativo de la física y de la metafísica, lo imposible no puede ser.

24. Hay que insistir, por lo demás, en que la ausencia de autenticidad jurídica en una norma positiva no es algo concerniente sólo a la ética y a la iusfilosofía, sin relevancia en el plano de la técnica jurídica y, en concreto, en el de la interpretación y la aplicación del Derecho. Me parece cuasi-evidente que los pseudo-preceptos no pueden tener el mismo valor que las normas jurídicas genuinas a la hora de la interpretación (sistemática y teleológica) de las normas positivas, algunas de ellas —como el art. 98— implicadas con amplias facetas del Ordenamiento jurídico.

1. *«Reseña identificativa» limitada al documento mismo, juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: imposibilidad de un entendimiento racional del artículo 98 LA*

25. Sentado lo anterior, cabe intentar responder al interrogante sobre el posible fundamento jurídico —racional y prudencial, por tanto— del artículo 98 de la LA, si se insiste en entender que, por encima de sus erróneos términos, puede atribuir a la dación de fe y a la emisión de un juicio, la concreta eficacia de una prueba plena de la representación.

La posible eficacia razonable de la dación de fe no presenta problema alguno: de lo presenciado por el fedatario, el documento público hace prueba plena. Por tanto, queda probado que le ha sido aportado al Notario al menos un concreto documento acreditativo de representación. Este documento es el objeto de una «reseña identificativa». Pero si esta «reseña» sólo identifica el documento y no su contenido, siquiera sea en los particulares o extremos relevantes, la dación de fe notarial no se proyectaría en absoluto sobre hechos constitutivos de la representación. En tal caso, la eficacia *probatoria* de esos hechos *ex* artículo 98 LA se querría hacer derivar del juicio de suficiencia emitido por el Notario. Mas, como quiera que el juicio de suficiencia no es dación de fe y tampoco al expresarlo se da cuenta de un hecho constitutivo de la representación, la cuestión de un fundamento *razonable* para la eficacia que el artículo 98 LA pretende tener —hacer prueba de «la representación acreditada»— se revela como infinitamente problemática o, más precisamente, como imposible de responder (12).

(12) Ya dije en ocasión anterior que, al no ser autor o inspirador del artículo 98 LA y al no estar en posesión de información privilegiada sobre la gestación de su tenor literal

26. Si, según la letra del artículo 98 LA, el calificativo «identificativa» se refiriese al documento y sólo a él, la prueba de la representación (lo diremos así para abreviar, pues la prueba sería, como se ha precisado, de los hechos constitutivos de la representación), que el artículo 98 LA parece querer como efecto, habría de derivar, no, desde luego, de la dación de fe, sino de algo muy distinto, esto es: de la imposición legal de una suerte de deber de prestar adhesión de fe al Notario. Y fe en dos distintos aspectos: en que el documento meramente identificado contiene una atribución de facultades representativas, primero; y, en segundo lugar, fe en que el Notario acierta al juzgar suficientes esas facultades para el acto o contrato de que se trate.

Si, por un lado, la expresa constancia en el documento notarial de facultades representativas es sustituida por la mera afirmación del Notario en el sentido de que esas facultades existen y han sido conferidas documentalmente, y si, por otro lado, se decide que esa afirmación del Notario resulta indiscutible o inatacable, una consecuencia fáctica insoslayable es la imposibilidad de cualquier comprobación de la realidad de las facultades representativas por cualquier sujeto jurídico al que se presente un documento notarial confeccionado según esa interpretación del artículo 98 LA.

Veremos después si resulta razonable desembocar en una tal situación. Ahora, examinemos el posible fundamento de la imposición legal del juicio de suficiencia relativo a las traídas y llevadas facultades de representación.

27. Ya en ocasión anterior afrontamos el interrogante sobre la pretendida fuerza vinculante de la valoración o «juicio de suficiencia» efectuado por un Notario. Insistimos en nuestra respuesta: sí, a los muy distintos efectos que cabe imaginar como posibles, un instrumento público, presentado en los correspondientes diversísimos ámbitos de eficacia, resultara indiscutible para los diferentes profesionales y servidores públicos, muchos de ellos con titulación jurídica de grado superior, intervinientes en aquellos ámbitos, el fundamento de tamaña virtualidad habría de consistir en atribuir o reconocer una enorme superioridad jurídica de los Notarios, precisamente en todos y cada uno de los ámbitos aludidos.

Sin embargo, ni la legalidad ni la realidad social avalan ese fundamento.

—la crónica del debate parlamentario no esclarece el asunto—, no me era exigible precisar con el mayor afinamiento la eficacia que la Ley 24/2001 querría atribuir al juicio de suficiencia emitido por el Notario. Cuando sostengo razonadamente que, en sus propios términos, el artículo 98 LA dispone un imposible y, por tanto, algo jurídicamente absurdo, tal convicción es incompatible con el hallazgo de un satisfactorio sentido razonable del citado precepto. Por todo esto, en la aludida ocasión sólo pude someter a análisis y poner a prueba una tesis ajena de índole maximalista, según la cual, la eficacia del juicio de suficiencia sería absoluta o general, es decir, vincularía, en principio, a todos, con la única salvedad (¡faltaría más!) de su destrucción judicial directa, por la vía de la pretensión y consiguiente declaración jurisdiccional de la falsedad.

28. Es de señalar, ante todo, que no cabe encontrar, ni en la Ley 24/2001 ni en sus antecedentes conocidos, elemento alguno en el que fundar la idea de que dicha Ley ha querido modificar sustancialmente la naturaleza y funciones del Notariado en España.

Diríase, más bien, que el precepto que nos viene ocupando, el artículo 98 LA, parece redactado tomando como punto de partida las funciones que a los Notarios corresponden conforme a su Ley y Reglamento, que la Ley 24/2001 no cambia radicalmente, porque, como se ha repetido, el cambio se limita al ya examinado 17 bis LN.

29. En cuanto a la autoridad jurídica de otros servidores públicos, bastarán algunos ejemplos. Los miembros del Ministerio Fiscal tienen como función, constitucional y estatutariamente reconocida (arts. 124.1 CE y 1 EOMF), la defensa de la legalidad. Eso, sin embargo, no confiere a sus informes, dictámenes, escritos, etc., una especial autoridad jurídica, ni siquiera en el caso de que su posición procesal vincule, de alguna manera, por disposición legal, al Juez o a los Magistrados miembros de un Tribunal colegiado.

Nada distinto hay que decir de Abogados del Estado, Letrados de Cortes, Letrados del Consejo de Estado y otros servidores públicos con específicas funciones de asesoramiento jurídico, que la Ley 24/2001 no modifica. A todos ellos incumbe respetar y defender el principio de legalidad y, a muchos de ellos se dirigen específicamente las exigencias del artículo 103 CE. Pero no por eso los juicios jurídicos de todos esos funcionarios son legalmente inquestionables, sino cuestionables y, de hecho, son cuestionados.

30. Como ya dijimos en otro momento, los Notarios gozan de merecido reconocimiento social por su formación jurídica, pero no hay, a nuestro parecer, una atribución general de mayor *auctoritas* al conjunto de los Notarios que a la generalidad de los funcionarios titulados en Derecho que se acaban de citar o de aludir. En la sociedad hay —y los miembros del cuerpo social así lo reconocen— profesionales del Derecho, de un tipo y otro, con mayor o menor prestigio personal. Y en la sociedad se encuentran personas que, por su formación, experiencia y otros diversos motivos, pueden considerar más preparados a una clase de profesionales que a los de otra clase, pero, a nuestro entender, no existe un «ranking» de prestigio jurídico, generalmente reconocido como acertado.

31. Volvamos a la situación descrita como hipótesis *supra*, número 26 *in fine*, es decir, al supuesto de imposibilidad legal de cualquier comprobación de la realidad de las facultades representativas por cualquier sujeto jurídico al que se presente, *ex* artículo 98 LA, un documento notarial en que la «reseña identificativa del documento» se limite a establecer cuál es éste, pero sin hacer constar su contenido.

Por un lado, hemos puesto de manifiesto varios e importantes defectos de fundamentación o justificación intrínseca de esa situación hipotética. Y, por

otra parte, tal situación vendría a chocar violentamente con las funciones y deberes que distintas parcelas de nuestro Ordenamiento Jurídico atribuyen e imponen a diferentes servidores públicos. Como quiera que el artículo 17 bis LN y el artículo 98 LA no sólo han de entenderse, por cuanto se lleva expuesto, en armonía con los artículos 1218 CC y 319 LEC, con insoslayable prevalencia del pacífico sentido de estos últimos preceptos, sino que, además, la Ley 24/2001 en absoluto modifica las aludidas parcelas del Ordenamiento Jurídico, menoscabando las funciones de aquellos servidores públicos o disminuyendo sus deberes, es obligado rechazar la hipótesis y abandonar sus presupuestos.

Dicho con otras palabras: se impone negar tajantemente que el artículo 98 LA pueda entenderse de suerte que con una «reseña identificativa» limitada al documento mismo (que se dice) acreditativo de una representación, ésta (*rectius*: sus hechos constitutivos) quede probada plenamente o *erga omnes*, convirtiéndose en universalmente indiscutible.

2. *La «reseña identificativa» del contenido del documento, con expresión clara y completa de las facultades representativas que consten en el documento reseñado: juicio notarial de suficiencia y «prueba de la representación»: una interpretación del artículo 98 LA*

a) *Reseña completa y fiel del contenido del documento, dación de fe y eficacia probatoria*

32. No son pocos los que, al ocuparse del artículo 98 LA, han señalado que la «reseña identificativa» no puede limitarse a identificar el documento en que aparece el otorgamiento de representación (por más que eso sea cabalmente lo que, *ad pedem litterae*, dice el artículo 98 LA: «reseña identificativa del documento»). En ese sentido, haremos uso por una vez de la ya citada RDGRN, de 12 de abril de 2002, en la que literalmente se lee: «...el Notario autorizante deberá indicar somera, pero suficientemente, los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas, la suficiencia, el ámbito o extensión de éstas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada o en su caso datos de inscripción en el Registro Mercantil)».

Y, con mayor precisión, se expresa la DGRN en el siguiente párrafo: «La «reseña identificativa» del documento mediante el que se acredite la representación habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido, y en una *relación o transcripción*

somera pero suficiente de las facultades representativas» (13) (la cursiva es nuestra).

33. Se viene a defender, así, que la «reseña identificativa» sea una reseña comprensiva, sí, de la identificación del documento, pero también de su contenido y que, en concreto, dé cuenta de las específicas facultades representativas conferidas, a lo que se añadirá el juicio de suficiencia relativo al caso.

De este modo, el Notario, en vez de limitarse a afirmar que el documento identificado atribuye facultades representativas, con el añadido de su juicio sobre la suficiencia de ellas, expresaría las facultades representativas conferidas en el documento que tiene a la vista. No habría que prestar fe plena al Notario, respecto de elementos fácticos jurídicamente relevantes, pero no contenidos o reflejados en el documento notarial, sino que el Notario daría fe y cabría estar al contenido del documento en la medida en que de ese contenido se diera fe. Porque, como quiera que la dación de fe obliga al Notario, con mucha frecuencia, a utilizar su propio lenguaje, cabría sostener que, aun cuando no se siguiese la vía de la «somera transcripción», el Notario estaría dando genuina fe de un documento mediante una reseña del contenido de ese documento, siempre que la reseña fuese certera y cabal.

No se debe silenciar, empero, que cuando ha de darse fe, no de un estado de cosas o de unas expresiones verbales o de unas operaciones materiales, que el Notario presencie, sino del contenido de un documento que el fedatario tiene a la vista, resulta difícilmente imaginable —dicho eufemísticamente— un modo mejor, más seguro y más fiel, que la transcripción del tenor literal de ese documento en los extremos que interesen. Así se logra, a la vez, eludir errores y abaratar los costes notariales respecto de la transcripción de todo el documento o su incorporación (*vid.* núm. 16 *in fine*).

Cabe aceptar esas bases, aunque ese entendimiento de la «reseña identificativa» no elimina el craso error en que incurre el artículo 98 LA al pretender que la *reseña y la valoración o juicio de suficiencia prueban* la representación (o *hacen fe* de ella). Pero si se prescinde del juicio de suficiencia, relevante sólo a efectos de responsabilidad del Notario, se puede sostener que

(13) Véanse con estos párrafos cómo, según dijimos *supra*, nota 1, la RDGRN es muy defectuosa, incluso en gramática y sintaxis. Las facultades representativas no se confieren en *virtud* de la escritura ni de los *datos* de ésta, pese a los términos de la Resolución. Y, además, parece enteramente lógico que primero se dé cuenta del ámbito o extensión de las facultades de representación y, después, se exprese el juicio de suficiencia y no, como dice la RDGRN, al revés. Finalmente, ni se entiende que la indicación de unos *datos* haya de ser «somera» (si se precisa cuáles son los datos, la indicación deja de serlo cuando se dice cualquier cosa que no sea comunicar los datos) ni menos aún parece que este mismo adjetivo sea aplicable a una «transcripción». Estas *pequeñeces* son, obviamente, pequeñas cosas, pero son también sumamente significativas.

una reseña del contenido del documento, cuando sea fiel a ese contenido, constituye un ejercicio de verdadera dación de fe y, por tanto, es susceptible de poseer genuina fuerza probatoria. Si los hechos documentados y *debidamente reseñados* son los del otorgamiento de facultades representativas, el documento notarial reseñante acreditará o probará los hechos constitutivos de la representación.

- b) Problemas derivados del artículo 98 LA cuando la «reseña identificativa» comprende el contenido del documento: el debido respeto al ejercicio de las funciones judiciales y administrativas legalmente atribuidas y a las correspondientes facultades de determinación de hechos

34. Sin embargo, el artículo 98 LA, además de grave e incorregiblemente erróneo en su formulación, constituye un semillero de problemas y dificultades en la medida en que la «reseña identificativa» no sea —o no parezca que es— cabal o completa. Si no tiene o no presenta esas características, podrá aducirse con fundamento que el documento notarial que contiene la reseña no da fe y no acredita o no prueba los hechos constitutivos de la representación.

35. Además y sobre todo, aun confeccionado el documento notarial con reseña cabal o completa del documento en el que constan conferidas facultades representativas, subsiste la cuestión de si el artículo 98 LA puede menoscabar los deberes y facultades de comprobación de hechos y, en su caso, de fijación de su certeza, que diversas normas atribuyen a los Tribunales de Justicia y a los más diversos órganos y autoridades administrativos. Nos referimos a la Constitución y las leyes procesales respecto de la determinación de los hechos relevantes en procesos de todo tipo, así como a un sinnúmero de leyes administrativas, que, para la consecución de fines públicos y privados innegablemente legítimos y para la satisfacción de derechos, imponen a las Administraciones Públicas (la del Estado, las Autonómicas y Municipales, las tributarias, etc.) tener por ciertos algunos hechos. El menoscabo se daría si los titulares de los órganos jurisdiccionales y administrativos se encontraran, a causa de la aplicación del artículo 98 LA, con posibilidades de comprobación o fijación de hechos menores que las anteriores a la vigencia de ese precepto legal.

Sin duda, una línea argumentativa para afrontar esta cuestión es negar radicalmente que el artículo 98 LA, interpretado como ahora lo hacemos (esto es, con una reseña identificativa del documento mismo y también de su contenido pertinente), pueda conllevar una disminución de las posibilidades o facultades de determinación de hechos. Se aduciría que mientras que una

reseña identificativa limitada al documento sin duda afectaría negativamente a esas posibilidades o facultades, una reseña fiel y completa del *contenido* del documento, en cambio, equivale plenamente a la incorporación o transcripción de ese documento en que consta la atribución de facultades.

A nuestro entender, una cosa es admitir que la reseña fiel y cabal del contenido pertinente de un documento constituye una manifestación de dación de fe y es idónea para surtir efectos acreditativos y probatorios y otra cosa, bien distinta, casi constitutiva de negación de lo evidente, es sostener que la reseña, que puede no hacerse mediante transcripción parcial (puede hacerse así, pero también, DGRN *dixit*, por *indicación* «somera, pero suficientemente los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas» o por *relación* de dichas facultades), no supone una limitación del conocimiento sobre el documento reseñado respecto de su incorporación, de su transcripción completa e incluso respecto de la transcripción parcial.

36. Esto sentado, se impone negar que el artículo 98 LA pueda originar un menoscabo de las facultades de comprobación y determinación de hechos por parte de los órganos jurisdiccionales o de organismos y entidades administrativas. Y la negación se impone porque, en primer término, el propósito o *ratio* —o si se prefiere, el común denominador de las *rationes iuris* de sus preceptos— de la Ley 24/2001 no supone ni requiere ni guarda relación alguna con un cambio de atribuciones o de modo de proceder, tanto en los procesos jurisdiccionales como en los procedimientos administrativos. En segundo lugar y complementariamente, porque no existe ningún indicio de que al aprobarse la Ley 24/2001 se tuviese conciencia de esos cambios, que, desde luego, la misma Ley 24/2001 no introdujo clara y expresamente, cuando pudo hacerlo.

- c) *Ámbito y límites de la eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial confeccionado con arreglo al artículo 98 LA.*
Ámbito de la utilidad indiscutible de este precepto

37. A la vista de lo que se acaba de defender, tal vez se dirá que incurrimos en una contradicción: por una parte, reconocemos que una completa y fiel reseña identificativa del contenido del documento es manifestación de genuina dación de fe y puede permitir tener por acreditados o probados los hechos objeto de la reseña (hechos constitutivos de facultades de representación), pero, por otra parte, sostenemos que un documento notarial confeccionado (obligatoriamente, recordémoslo: cfr. *supra*, núm. 17) según el artículo 98 LA puede no resultar satisfactorio para los titulares de órganos jurisdiccionales o administrativos.

Hay, en efecto, una apariencia de contradicción: si un documento notarial *ex* artículo 98 LA no resulta satisfactorio para esos órganos es porque menoscaba sus facultades de acreditamiento y prueba de hechos, pero, a su vez, como quiera que reputamos indebido ese menoscabo, la consecuencia, para tales órganos, ha de ser no conformarse con tal documento, por no atribuirle, sin más, la eficacia acreditativa o probatoria que el artículo 98 LA pretende tener. Y no atribuirle esa eficacia es lo que puede parecer contradictorio con lo que afirmábamos (*supra*, núm. 33) respecto de un entendimiento del artículo 98 LA en el sentido de que la «reseña identificativa» no se limite al documento, sino que dé cuenta fiel y completa de su contenido relevante.

38. Sólo existe apariencia de contradicción. Porque ocurre que, en distintos ámbitos jurídicos y a diferentes efectos, varían los métodos (procesos o procedimientos) para la determinación de la certeza de los hechos, además de que sean diversos el alcance subjetivo y la eficacia jurídica objetiva de esa determinación. Dicho con otros términos, que corresponden a un ligero cambio del punto de vista: la eficacia inmediata y directa del documento notarial no es —no puede ser nunca, si bien se mira— independiente del ámbito en que se pretende que se despliegue esa eficacia.

Veámoslo más de cerca. El ámbito procesal es tendencialmente controversial por la dualidad de partes y la prueba, más en concreto, ha de estar abierta a la contradicción. La contradicción juega un insoslayable papel en todos los procesos y la ausencia de contradicción lo desempeña en la mayoría de los procesos civiles y similares. En el seno de un proceso jurisdiccional, la determinación de los hechos o su duda influye en la sentencia y ésta, a su vez, como regla, limita sus efectos a las partes (*res iudicata inter partes*). En procedimientos administrativos puede ser muy frecuente que la Administración y uno o varios interesados sean los únicos protagonistas, sin que la Administración haya de resolver tras una contienda entre distintos sujetos. Por su parte, el Registrador de la Propiedad también afronta los documentos notariales al margen de controversias entre distintos interesados, pero se encuentra gravado con la responsabilidad de la relevancia *erga omnes* de posibles actuaciones registrales.

Paralelamente a lo que se acaba de señalar, resultan heterogéneas las siguientes cuestiones, simples ejemplos, en torno a documentos del artículo 98 LA y es lógico que no se puedan responder exactamente de la misma forma:

1.^a Certeza o seguridad que proporciona un documento notarial entre los dos sujetos que han comparecido ante el Notario, uno como representante de entidad de crédito, prestamista, y otro, como prestatario.

2.^a Eficacia del poder notarial otorgado por el consejero-delegado de una compañía mercantil a una persona física a efectos de participación en un concurso de adjudicación de una obra pública estatal.

3.^a Eficacia, para el Registro de la Propiedad, de la escritura pública de venta de un inmueble a persona física por representante de una sociedad anónima.

4.^a Eficacia acreditativa y probatoria del documento notarial en que consta poder para pleitos otorgado por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada para que uno o varios procuradores comparezcan y actúen en proceso civil en nombre de la sociedad.

5.^a Eficacia probatoria del documento notarial en que consta otorgado por el consejero-delegado de una sociedad anónima un poder a persona física para llevar a cabo ciertos tipos de negocios jurídicos.

39. A nuestro entender, las cuestiones 2.^a y 3.^a han de ser respondidas admitiendo que tanto la Administración Pública convocante del concurso como el Registrador de la Propiedad habrán de tener por cierta la representación si el documento notarial confeccionado según el artículo 98 LA presenta una reseña identificativa del documento y de su pertinente contenido, que, en cuanto a éste (al otorgante y al receptor de las facultades representativas y al contenido de éstas), permite tener por ciertos los hechos constitutivos de la representación que importe, según el caso. Así, pues, como dijimos (*supra*, núm. 33), el documento notarial *ex* artículo 98 LA conduce a fijar como ciertos los hechos que sean objeto de dación de fe mediante una reseña fiel y completa.

Sin embargo —y de ahí la inexistencia de contradicción, que es sólo aparente—, resulta innegable, a nuestro parecer, que, si el Registrador —que, desde luego, ha de comprobar ante todo las características deseables de la reseña— llega a tener a la vista otros documentos, de fuerza contrapuesta al notarial arreglado al artículo 98 LA, puede y debe —en el ejercicio de sus funciones: la RDGRN, de 12 de abril de 2002, las reconoce subsistentes tras el art. 98 LA— no conformarse con el documento *ex* artículo 98 LA y actuar en consecuencia. De modo análogo, la Administración, con justa causa y razonable motivo, puede y debe, asimismo, no conformarse con el documento elaborado según el artículo 98 LA y no tener por acreditada, con sólo éste, la representación que se afirma. Piénsese, por ejemplo, que el documento reseñado presenta una antigüedad de varios años y es notorio para la Administración que la compañía mercantil ha experimentado grandes cambios en la composición (o en la estructura también) de sus órganos. En un caso así, parece, no ya lícito, sino obligado, no atribuir fuerza de prueba plena al documento confeccionado con arreglo al artículo 98 LA y requerir documentos distintos o el documento reseñado en su integridad.

Éstos son algunos casos en que el documento del artículo 98 LA no surtirá efectos acreditativos o probatorios, por mor del ejercicio de unos

deberes y facultades, no eliminados o mermados por el artículo 98 LA ni por ningún otro precepto de la LA.

40. Quien simplemente acepte que no carece de fundamento jurídico-racional este modo de entender la eficacia de los documentos notariales arreglados al artículo 98 LA, a buen seguro se planteará un interrogante en estos o parecidos términos: si no siempre puede ser absoluta e incondicional la eficacia del documento notarial conforme al artículo 98 LA, supuesta una reseña fiel y completa del documento en que consta la atribución de facultades representativas, ¿no se frustraría enteramente el propósito de la referida LA, esto es, reducir el tamaño y el coste de los documentos notariales en casos de comparecencia de representantes ante Notarios?

Si, dejando las cuestiones 4.^a y 5.^a, ambas de eficacia procesal, para un específico análisis posterior, volvemos la mirada a la cuestión 1.^a y a su correspondiente ejemplo, se podrá advertir que cientos de miles de negocios jurídicos —préstamos y créditos a cargo de Bancos, Cajas de Ahorros y otras entidades semejantes— pueden documentarse notarialmente conforme al artículo 98 LA, con el beneficio de un menor coste y con casi total eficacia del documento notarial que aquí estamos considerando. La cuestión 1.^a merece esta respuesta: la certeza y seguridad que el documento proporciona *inter partes* es máxima. Y, de ordinario, el ámbito en que esa certeza y seguridad interesan es cabalmente un ámbito estrictamente intersubjetivo.

Así, por un lado, un alto porcentaje de esos negocios —materializados en documentos no destinados específicamente a su aportación ante autoridades administrativas ni ante Registros públicos generadores de eficacia *erga omnes*— se desarrolla y se desarrollará con normalidad. Y, por otro lado, en cuanto a los negocios que ocasionen litigiosidad, aparte de lo que diremos posteriormente, abundarían los casos en que ninguna de las partes impugnaría los documentos en cuanto acreditativos o probatorios de los hechos constitutivos de la representación (14). La experiencia nos enseña que son y serán mucho más frecuentes las discrepancias relativas a la interpretación del negocio jurídico y a su cumplimiento.

(14) No quiero dejar de señalar que, con frecuencia, frente a una eventual impugnación del acreditamiento o de la existencia de representación, sobre todo a efectos de presupuestos procesales, sería aplicable la doctrina del llamado «reconocimiento extraprocesal de la personalidad» (en estos casos, de la representación), que no es, en rigor, sino una aplicación de la prohibición de ir contra los propios actos (prohibición del *venire contra factum proprium*).

III. LA EFICACIA EN EL PROCESO DEL DOCUMENTO NOTARIAL CONFECCIONADO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 98 LA: EFICACIA PROBATORIA Y EFICACIA ACREDITATIVA

41. Ya se han expuesto, en las páginas anteriores, las bases generales para resolver las cuestiones sobre eficacia en el proceso de los documentos notariales confeccionados según el artículo 98 LA y, en concreto, con el entendimiento de este precepto que exige una reseña clara y completa del contenido pertinente del documento en que consta la atribución de facultades representativas. Pero parece conveniente tratar por extenso de la virtualidad procesal de esos documentos.

No estará de más, ante todo, una breve recapitulación, en los siguientes puntos:

1.º No parece razonable pensar que el artículo 98 LA ha querido mermar los derechos de los justiciables expresamente reconocidos en leyes vigentes ni menoscabar los deberes y facultades de los órganos jurisdiccionales ni alterar los procedimientos establecidos para el acreditamiento o la prueba de hechos. Además de que el propósito reconocido del tan repetido precepto de la Ley 24/2001 no era ninguno de éstos, las leyes procesales no han sido modificadas por la LA.

2.º Tampoco es razonable entender que el artículo 98 LA ha pretendido y ha podido cambiar lo dispuesto sobre el valor procesal de los documentos en las leyes procesales y, más concretamente, en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Lo racional, por el contrario, como hemos dejado establecido en páginas anteriores, es interpretar el artículo 98 LA de modo que no resulte dispar ni contradictorio con el artículo 319.1 LEC (ni con el art. 1218 del CC).

A) EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO CONFECCIONADO CONFORME AL ARTÍCULO 98 LA

42. La conjunción de estos dos elementos supone que, en el ámbito procesal, de modo similar a los otros ya examinados, el documento del artículo 98 LA puede surtir y surtirá frecuentemente efectos probatorios *stricto sensu* y, en concreto, de prueba plena. Estos efectos de prueba propiamente dicha pueden revestir importancia cuando la existencia y validez de un mandato representativo es un elemento fáctico relevante en cuanto al fondo u objeto principal del proceso (así, cuando, por ejemplo, el litigio verse sobre un negocio jurídico llevado a cabo por quien dice ser representante). Pero, por todo lo expuesto, los efectos genuinamente probatorios no emanan *ipso facto* e *ipso iure* de la presentación de un documento en el proceso, sino

dependen de la contradictoria estructura procesal o están sujetos a ella y, además, no los produce cualquier documento notarial que aparezca acogido al artículo 98 LA.

43. La dependencia de la estructura contradictoria del proceso (en especial, de aquéllos al servicio de derechos e intereses de concretos sujetos jurídicos, sin predominio de un interés público) resulta obvia. Si el documento notarial del artículo 98 LA es aceptado, expresa o tácitamente (cfr. arts. 326.1 y 427.1 LEC), surte efectos de fijación de la certeza, máxime cuando aquello que el documento pudiera probar (hechos, de ordinario) tampoco sea controvertido (cfr. arts. 281.3, 405.2, 414.1, párrafo segundo y 428.1 LEC, entre otros). En este caso, es irrelevante toda discusión acerca del sentido y efectos del artículo 98 LA.

44. Cuando se suscita controversia en torno a un documento que se presenta como confeccionado según el artículo 98 LA, entonces y sólo entonces adquiere relevancia la debida interpretación del tan citado precepto de la Ley 24/2001.

Tras todo lo expuesto, no hace falta insistir en que la específica discusión sobre el valor probatorio del documento notarial que concretamente nos ocupa gira en torno a la «reseña identificativa del documento» en que constan otorgadas facultades representativas. De no ser porque esta «reseña» sustituye a la transcripción (incluso la parcial, que es posible, pero no necesaria) de dicho documento, no habría nada nuevo que discutir: estaríamos ante consideraciones conocidas sobre el valor del documento público otorgado ante Notario.

45. Resulta indudable que el documento notarial confeccionado al amparo del artículo 98 LA es un documento público encuadrable en el número 2.º del artículo 317 LEC. La cuestión problemática no es ese carácter público, sino lo que resulta de la interpretación conjunta y sistemática del artículo 98 LA en relación con el artículo 319.1 LEC, aplicable a los documentos del artículo 317, 2.º

Ya hemos dejado dicho (cfr. *supra*, núms. 31 y 41) que, a nuestro entender, el artículo 98 LA (ni solo ni junto al art. 17 bis LN) no modifica ni deroga tácitamente (es incuestionable que no hay derogación expresa) el artículo 319.1 LEC, como tampoco modifica ni deroga el artículo 1218 del CC. Es el momento de concretar esa interpretación conjunta y sistemática, estableciendo sus consecuencias en un determinado ámbito: el procesal-probatorio.

46. Coherentemente con lo que se lleva escrito, pero desde otro punto de vista, la respuesta a los interrogantes sobre el valor probatorio en sentido estricto (es decir, de fijación de unos hechos como ciertos, a los efectos de un proceso) de los documentos notariales amparados en el artículo 98 LA puede resumirse en estos puntos:

1.º La autenticidad del documento notarial que nos interesa es procesalmente impugnabile, como la de cualquier otro documento público, al amparo del artículo 320 LEC. De producirse esa impugnación, la copia auténtica del documento del artículo 98 LA se cotejará con la matriz u original. Si del cotejo resulta conformidad entre copia y matriz, el documento del artículo 98 LA aportado al proceso se habrá de tener por auténtico.

Pero en el caso de un documento del artículo 98 LA, lo mismo que cuando se trata de cualquier otro documento público, el cotejo o comprobación sólo permite dejar establecida la autenticidad. Y la autenticidad es, sí, requisito insoslayable para que el documento público haga prueba plena, pero no es el único elemento relevante para establecer qué (qué hecho, de ordinario) queda plenamente probado. El *contenido* del documento público es esencial a este efecto.

2.º La determinación del contenido sobre el que se proyecta la fuerza de la autenticidad equivale a fijar, con los términos del artículo 319.1 LEC, cuál es el concreto *hecho, acto o estado de cosas* que ha quedado *documentado*.

47. En ocasiones, lo primero que un documento notarial documenta es otro documento. Hasta la invención del artículo 98 LA, la mejor manera de documentar un documento era reproducirlo, es decir, transcribirlo. Transcribirlo entero o en parte dependía de lo que importase probar o, lo que es igual, de aquello que importase situar bajo la luz de la autenticidad, garantizada por el fedatario. Si no era necesaria la transcripción total —nótese que hablamos de necesidad, no de conveniencia a efectos muy distintos de los probatorios—, cabía una transcripción parcial, conforme al ya citado artículo 166 del Reglamento Notarial (en la redacción dada por el Decreto 2310/1967, de 22 de julio). Ya hemos dicho —e insistimos en ello— que no cabe imaginar algo mejor que la reproducción de un texto para dar razón de ese texto.

Los documentos notariales confeccionados según el artículo 98 LA, son, por definición, documentos que, ante todo, documentan otro documento: aquél que, a su vez, documenta la atribución de facultades representativas. Pero, en vez de reproducir o transcribir lo que dice el documento que ha de ser documentado (pues se trata siempre de documentos que dicen algo), el artículo 98 LA determina que deban contener una «reseña identificativa», que, además de establecer de qué documento se trata, dé noticia de su contenido. Esta noticia puede lograrse mediante una reproducción o transcripción parcial de ese contenido, pero cabe también que el Notario pretenda expresar con sus propias palabras el contenido (relevante) del documento objeto de «reseña».

48. El problema del valor probatorio del documento notarial del artículo 98 LA acaba, pues, suscitándose de nuevo enteramente en torno a la «reseña identificativa». Según el contenido de ésta, así será su valor probatorio. Pero, claro es, aquí entra en juego la estructura contradictoria del proceso. La

decisión incumbe, finalmente, al juzgador, pero la parte a la que el documento perjudica o no favorece desempeña, como ya dijimos, un papel de suma importancia, pues es ella la que puede suscitar la controversia.

Así, ante un documento del artículo 98 LA, además del posible cotejo con la matriz u original, en razón de una discutida autenticidad, cabe también que se cuestione la fidelidad de la reseña, tanto porque se pretenda que lo reseñado ha sido directamente tergiversado o traicionado, como porque se impugne la integridad, sosteniéndose que faltan en la reseña elementos que se contienen en el documento y que son pertinentes *stricto sensu*, es decir, que conciernen a los hechos determinantes de la decisión sobre el objeto del proceso.

49. En este último caso, no debe caber duda, a nuestro entender, de que, pese a los términos «harán fe», del artículo 98 LA, la parte que denuncie la falta de integridad del documento es titular del derecho procesal que le otorga el artículo 321 LEC en cuanto a los documentos incompletos, de modo que puede pedir que a la reseña (equivalente a un «testimonio o certificación incompleto») se adicione el resto del documento reseñado lo que, a todas luces, se logra trayendo a los autos copia auténtica de dicho documento, en su integridad. A ese derecho procesal de la parte, ínsito en el artículo 321 LEC, corresponde el deber del juzgador de satisfacer el derecho acordando la adición. Por lo demás, el juzgador se sitúa, así, en las mejores condiciones para decidir sobre las correspondientes cuestiones fácticas.

Las anteriores consideraciones, que estimamos conformes con la más constante y sólida doctrina sobre la prueba, nada tienen que ver, como habrá podido comprobarse, con una pretendida fuerza de prueba plena inmediata y definitiva, que se atribuyese a todo documento notarial aparentemente conforme al artículo 98 LA. Y, desde luego, resulta insostenible que esa pretendida fuerza probatoria sea vanamente discutible y no sea destructible sino mediante un proceso que declare la falsedad de tal documento.

B) EFICACIA ACREDITATIVA O DE SEMIPLENA PROBATIO

50. Si el documento arreglado al artículo 98 LA puede surtir efectos probatorios o de fijación procesal de la certeza, *a fortiori* cabe que de él se desprendan efectos de *acreditamiento* de la representación *necesaria* (la de personas jurídicas y similares) y de la representación *técnica* (o del Procurador de los Tribunales) en cuanto presupuestos procesales. Estamos en el ámbito del acreditamiento, que es la fundamentación de un juicio de probabilidad cualificada: *semiplena probatio*.

Pero, si con frecuencia un documento del artículo 98 LA y, en concreto, un poder para pleitos, acreditará cumplidamente la concurrencia de los dos

presupuestos procesales mencionados, será porque resulte cumplido en su integridad el artículo 264 LEC y se aporte al proceso civil (lo mismo que a procesos en otros órdenes jurisdiccionales, a los que resulta aplicable subsidiariamente el art. 264 LEC), tanto «el poder notarial conferido al Procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue *apud acta*» (núm. 1.º del art. 264 LEC) como «los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya» (núm. 2.º del mismo art. 264 LEC).

Quiérese decir que cuando, por ejemplo, desee litigar una sociedad anónima con administrador único, para que el documento notarial del artículo 98 LA (poder para pleitos, en concreto) permita entender acreditadas las dos referidas representaciones —muchas veces íntimamente unidas, pero distintas—, ese documento ha de dejar expresa y clara constancia de las facultades representativas atribuidas a la persona física (el administrador único) que otorgue ante Notario el poder dirigido a que uno o varios Procuradores de los Tribunales representen en el proceso a esa sociedad anónima. Así, un único documento puede hacer las veces de dos (cumpliendo lo exigido por los núms. 1.º y 2.º del art. 264 LEC) (15).

Ninguna duda ofrece que ese poder únicamente será inatacable como poder *legal* a Procurador que le permita representar a la persona jurídica si la «reseña identificativa» del artículo 98 LA se entiende como reseña fiel y cabal del *contenido* del documento y, en consecuencia, se deja expresa constancia de las concretas facultades representativas del otorgante del poder para pleitos.

51. Sin embargo, puede ocurrir, bien que la «reseña identificativa» se limite al documento mismo, bien que no sea cabal o completa. En tales casos, si se tratase de documento notarial aportado por el demandante con la demanda, el demandado —siempre según el ejemplo que hemos propuesto— podría impugnar el incumplimiento del número 2.º del artículo 264 LEC (falta de acreditamiento de la representación necesaria) e incluso el cumplimiento defectuoso del número 1.º de ese mismo precepto, pues, aunque se hubiese aportado el poder a Procurador de los Tribunales, ese poder podría no considerarse «legal», es decir, otorgado de modo que el Procurador pueda representar a la sociedad anónima. El demandado suscitara esas cuestiones en la contestación a la demanda, como excepciones procesales. Y tocaría al tribunal, con plena soberanía enjuiciadora, resolver sobre esas excepciones.

Esa plena soberanía, en absoluto mermada por el artículo 98 LA, habría de conducir a estimar la excepción siempre que la «reseña identificativa» se

(15) Ya he dicho en otro lugar (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao, Madrid, 2001, pág. 491) que «los documentos acreditativos de la representación (núm. 2.º) (sea de personas físicas incapaces, de personas jurídicas o de otros entes) con frecuencia estarán incorporados o se reflejarán o acompañarán al poder de Procurador, pues el representante habrá sido el poderdante».

hubiera limitado al documento mismo, sin referencia a su contenido. Cuando sí se hiciera referencia al contenido del documento, la estimación o desestimación de las excepciones dependería de que la reseña fuese, o no, completa o cabal.

También el demandante, respecto de documento del artículo 98 LA aportado por el demandado en caso de ser éste —seguiremos empleando el mismo ejemplo— una sociedad anónima, podría aducir la falta de acreditamiento de la representación necesaria o la ilegalidad del poder del Procurador, cuando la «reseña identificativa» se limitara al documento mismo o cuando, aunque hiciese referencia a su contenido, esa referencia no pudiera considerarse completa.

1. *La tesis del artículo 98 LA como norma especial sobre carga de la prueba*

52. En relación con este punto —aunque también y, sobre todo, en contra de considerar el art. 98 LA, en sí mismo, como un precepto imposible porque pretende un imposible y es, en sus propios términos, de imposible cumplimiento (cfr. *supra*, núms. 16 a 21 y 23 a 31)—, se ha sostenido por el autor de la nota (16) una tesis muy diversa de la aquí defendida, aunque parezca semejante y determine respuestas coincidentes con las nuestras en bastantes casos (pero no en todos).

Esa tesis parte de la base de que «la reseña del documento no puede consistir en decir cuál es ese documento (identificarlo), sino que tiene que exigir (*sic*) hacer mención de una facultad, la necesaria para el caso concreto». Como ya hemos dicho, el artículo 98 LA no habla de «reseña del documento», sino de «reseña identificativa del documento», con lo que parece apuntar a lo que identifica el documento y no a su contenido. Pero el punto de partida de nuestro autor es sólido si, por las muchas razones que aquí se han expuesto, se descarta la literalidad. Pues bien, sobre la base de lo transcrito, se asientan por el aludido autor las siguientes conclusiones:

1.^a Que, desde luego, «lo que no supone la norma [el art. 98 LA] es la aparición de una nueva presunción legal».

2.^a Que «tampoco se está ante una nueva regla legal de valoración de la prueba».

(16) Me refiero a la de MONTERO AROCA, «La justificación y la prueba de existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», *cit.* en nota 5. Como se verá, por la alta consideración personal y profesional que el autor me merece, he puesto el mayor cuidado en analizar sus afirmaciones.

3.^a Que «se está (...) ante algo más simple y, al mismo tiempo, más complejo: ante una *nueva regla especial de carga de la prueba*» (17) (la cursiva es nuestra).

Ninguna dificultad ofrece aceptar que el artículo 98 LA no establece una presunción legal. No sabemos que nadie haya sostenido lo contrario ante una norma que no entraña la existencia de hecho, indicio o base, de hecho presunto y de algo que pueda considerarse «enlace preciso y directo [entre uno y otro hecho] según las reglas del criterio humano» (antiguo art. 1.253 del CC y arts. 385 y 386 LEC).

53. Dejando a un lado, por un momento, la negación de la novedad respecto de la valoración de la prueba, en cuanto a la tesis de que el artículo 98 LA supone «una nueva regla especial de carga de la prueba», conviene tener a la vista, antes que nada, una concreta explicación del autor, que puede ser la que proporcionan las siguientes afirmaciones:

1.^a «Habiendo sido presentado el documento [del art. 98 LA] y cumpliendo éste los requisitos [hacer mención de una facultad representativa, la necesaria para el caso concreto], se tiene por justificada la representación, de modo que si la parte contraria afirma ahora [tras la vigencia del art. 98 LA], bien la inexistencia de la representación, bien la insuficiencia de esa representación para otorgar poder a procuradores (...), a ella le corresponde la carga de la prueba, no teniendo la parte presentante del documento que probar nada nuevo. Se está también en este caso ante la aplicación de los artículos 418 y 443 de la LEC, pero ahora [tras la vigencia del art. 98 LA] partiendo de que quien debe probar que la representación no existe o que es insuficiente para el acto de otorgar poder a procuradores, a pesar del documento, es quien afirma su inexistencia o su insuficiencia» (las palabras entre corchetes son nuestras).

2.^a «El efecto de la nueva norma en la Ley 24/2001 radica en que se ha establecido una regla especial relativa a la carga de la prueba de la representación. Naturalmente la misma no guarda relación alguna con una pretendida vinculación del Juez ni de las partes a la valoración notarial. Es perfectamente posible que, a pesar de la existencia del documento [del art. 98 LA] y del cumplimiento formal de los requisitos en el mismo, el Juez llegue a la conclusión de que la representación no existe (por ejemplo, porque fue revocada) o de que la representación no es suficiente para otorgar poder a procuradores,

(17) A lo que inmediatamente, el citado autor añade: «Naturalmente, la norma no parte de reconocer superioridad jurídica de clase alguna a los Notarios, ni de apreciar que sus juicios sean incuestionables» (*ibid.*, pág. 3, en la que se vierten también las afirmaciones que acaban de ser literalmente transcritas en el texto principal de este trabajo). Sobre esto, cfr. *supra*, núms. 27-30.

pero ello se tiene que hacer partiendo de que se ha alterado, en su caso, quién debe probar. El documento presentado por la parte con los requisitos del artículo 98 de la Ley 24/2001, incluido el juicio de suficiencia del Notario, justifica la representación a los efectos del artículo 264 de la LEC; quien afirme contra el mismo la inexistencia o la insuficiencia de la representación de quien comparece, deberá probarla».

«Si en el debate sobre la excepción el único elemento de juicio para decidir sigue siendo el documento mismo, en el que, insistimos, se cumplen los requisitos, y lo sigue siendo porque la parte contraria no ha aportado documento alguno, el Juez habrá de desestimar la excepción al no haberse probado la afirmación de inexistencia o de insuficiencia de la representación por quien debía hacerlo. Naturalmente si la parte que opone la excepción intenta la prueba de sus afirmaciones con aportación de documentos, el Juez habrá de pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la excepción y con las consecuencias propias de estimar insubsanable o subsanable el defecto, según el caso y atendido lo dispuesto en los artículos 418 LEC, para el juicio ordinario, y 443 LEC, para el juicio verbal».

2. *Análisis crítico de la tesis anterior*

54. Para no alargar en exceso este trabajo, para el análisis de esta tesis puede resultar preferible una relación ordenada de aclaraciones y de observaciones críticas, máximamente escuetas.

Primera.—Una condición *sine qua non* del entendimiento y aplicación que se nos propone respecto del artículo 98 LA, condición que se presenta como algo invariablemente simple y sencillo es el «cumplimiento de los requisitos», referido a la «reseña identificativa», en el sentido, recalamos, de que dicha reseña «no puede consistir en decir cuál es ese documento (identificarlo), sino que tiene que exigir (*sic*) hacer mención de una facultad, la necesaria para el caso concreto».

Sin embargo, lo que se presenta como simple y sencillo resulta ser, con gran frecuencia, complejo y poco claro, de suerte que las discrepancias reales entre las partes bien pueden suscitarse a causa del contenido de esa «reseña». La expresión «mención de una facultad», utilizada por nuestro autor, nada tiene que ver, por así decirlo, con la mención en un formulario de un dato objetivo y fácil de identificar (nombre, lugar, día, cargo que se ostenta, categoría funcional, etc.). «Mención de una facultad» e incluso de una facultad «necesaria para el caso concreto», es susceptible de entenderse de modos diferentes y, por lo expuesto antes (*supra*, núm. 33) acerca de la necesidad de una reseña *certera* y *cabal* del contenido del documento, no es descartable, sino todo lo contrario, la reseña defectuosa y cuestionable.

Segunda.—Cuando de lo que se trata es de la representación —de cualquier tipo (18)— *en cuanto presupuesto procesal vigilable in limine litis* a instancia de parte (no en cuanto cuestión de fondo, que, como hemos visto, puede serlo), la ley exige *acreditarla* y eso significa, según se ha dicho ya, aportar una *sempilena probatio* o, en otros términos, proporcionar los ingredientes necesarios para formular un juicio de probabilidad cualificada. Por tanto, resulta más preciso hablar de *carga del acreditamiento* de los hechos relativos a la representación que de *carga de la prueba* de tales hechos. De esta distinción conceptual no derivan, empero, diferentes consecuencias inmediatas. Las reglas de la carga de acreditar, tanto en sentido formal (a quien incumbe acreditar) como en sentido material (a quien perjudica que no se logre la prueba, la certeza), no son distintas de las reglas de la carga de la prueba *stricto sensu*.

Tercera.—Acreditar la representación procesal (de cualquier tipo) que cada litigante necesita o se atribuye a sí mismo incumbe a ese litigante, es decir, ese litigante tiene la carga de acreditar (arg. art. 264 en relación con los aptdos. 2 y 3 del art. 418 LEC).

Cuarta.—En cuanto a la representación procesal que necesita o se atribuye el demandante, el demandado dispone de excepciones procesales de diverso contenido. Y en cuanto a la representación procesal que necesita o se atribuye el demandado, el demandante puede efectuar alegaciones diversas, de similar contenido a las que el demandado tiene el derecho procesal de efectuar. Asimismo, el demandado (o el demandante en contestación a la reconvencción) tiene derecho a formular alegaciones en contra de una atribución de representación formulada por el demandante (o por el demandado reconviniendo, en la reconvencción).

Quinta.—Por lo que se acaba de decir, entraña una reducción de la realidad plantear exclusivamente el caso de una parte que, a la vista del esfuerzo de la contraria por acreditar la representación que necesita o que se atribuye, afirma que esta parte no *tiene* tal representación. Porque cabe que aduzca, más sencillamente, que la parte contraria no *acredita* la referida representación, como tendría la carga de hacerlo.

En tal caso, quien aduce la falta de acreditación de la representación —y no la falta de representación— no asume o arroja sobre sí ninguna carga de la prueba, en virtud de ningún precepto legal y tampoco, desde luego, en virtud

(18) De la representación (técnica) del Procurador lo mismo que de la representación (o condición de órgano) de las personas jurídicas y entidades con capacidad para ser parte (representación necesaria) e incluso, aunque sea quizá menos frecuente, de la representación (legal) de los genuinos incapaces. En este último caso también puede encontrarse el Notario con un «documento auténtico (...) aportado para acreditar la representación», aunque ese documento no deje constancia de un negocio jurídico de apoderamiento o mandato representativo, sino que acredite una cualidad representativa atribuida por la ley.

del artículo 98 LA. Y aunque este aserto puede resultar obvio y, por tanto, de innecesaria fundamentación, tiene fundamento y bien claro, a saber: el litigante no asume ninguna carga de prueba ni de justificación o acreditamiento porque no introduce ningún nuevo hecho y sólo respecto de los hechos cabe tener la carga de probarlos (aquí no entran en juego las conocidas excepciones de la prueba del Derecho: costumbre y cierto Derecho extranjero).

Quien alega una excepción en sentido propio (lo que, conforme doctrina cuasi-pacífica, implica introducir un hecho nuevo) tiene —y siempre ha tenido— la carga de probar el hecho en que se fundamenta la excepción. Pero si la excepción es impropia, como lo es cuando se afirma que la parte contraria no acredita lo que habría de acreditar, lo único que está en juego es si, a juicio del tribunal, se ha acreditado o no.

Así, pues, lo que un demandado provoca al proponer, como excepción procesal, que el demandante no ha acreditado la representación, es la necesidad de que el juzgador resuelva. Y para ese trance, la solución no puede consistir en desestimar la excepción siempre que el demandado no presente un documento, como propone nuestro tan aludido autor.

De excepcionarse —seguiremos con un ejemplo concreto, que es suficientemente expresivo— el no acreditamiento de la representación, al juzgador corresponde decidir si el documento aportado cumple, o no, los fines del artículo 284 LEC. Y el juzgador, para tomar tal decisión, se encuentra, tras la Ley 24/2001, en una posición idéntica que antes de esa Ley, aunque la parte que afirma que el documento no acredita no haga nada tras semejante afirmación.

Sexta.—Cuando la parte contraria a la que aporta, a los fines del artículo 264 LEC, un documento del artículo 98 LA, sostenga que el aportante carece de representación, su *onus probandi* es igual después de la Ley 24/2001 que antes de ella. Si la negación de la representación se basa en hechos nuevos (por ejemplo, la posterior revocación de un apoderamiento), tendrá, como ya hemos dicho, la carga de probarlos, pero esa carga la tenía ya, exactamente igual, antes de la Ley 24/2001: es la carga de la contraprueba, relevante sólo en caso de que se alce o afronte con éxito la carga de la prueba. No vemos, pues, en el artículo 98 LA un precepto que disponga ninguna norma especial de la carga de la prueba (o la carga del acreditamiento): el artículo 98 LA no contiene una exoneración de lo que, como regla general, correspondería probar y tampoco dispone una inversión de la carga de la prueba.

55. Si fuese cierto que, *ex* artículo 98 LA, *cualquier* alegación contraria a tener por acreditada la representación afirmada en un documento notarial, desencadena la carga de probar la inexistencia de esa representación, el artículo 98 LA sería un precepto que impondría una eficacia acreditativa especial o, si se prefiere, un precepto que habría configurado un singular instrumento acreditativo o probatorio.

3. *Recapitulación sobre la eficacia acreditativa del documento del artículo 98 LA*

56. En sentido afirmativo, lo que sostenemos es, de un lado, que las cargas procesales de acreditar la representación están claramente establecidas en la LEC, sin que el artículo 98 LA represente variación alguna: cada una de las partes del proceso tiene la carga de acreditar la representación que necesita y, en su caso, la que se atribuye.

Admitimos, por otro lado, que una «reseña identificativa», siempre que sea cabal y certera respecto del contenido del documento, puede ser acreditativa, dado que puede constituir una manifestación aceptable de la genuina dación de fe propia del Notario. Y en tercer y último lugar, entendemos que el juicio sobre la virtualidad acreditativa incumbe por entero al juez, de modo que al juez le corresponde resolver si el documento acredita o no, lo que será tanto como decidir si la reseña del contenido del documento es, o no, certera y cabal o completa.

Consecuencia o corolario de lo anterior es esto otro: que no cabe excluir, sino que, por el contrario, debe, en principio, ser admitida, la posibilidad de que, para resolver acerca de la excepción de no acreditación de la representación, el juzgador, a instancia de parte, mande traer a los autos el documento reseñado, pero ahora completo (aunque sea en copia). Porque la excepción, aunque sea impropia, constituye una cuestión incidental, con cauce propio de tramitación (el de la audiencia previa al juicio, en el juicio ordinario, o el de alegación previa en la vista, en el juicio verbal) y nada impide al litigante que ha suscitado esa cuestión postular la aplicación, no por analógica discutible o dudosa, del artículo 321 LEC.

IV. CONCLUSIONES

57. No se pretende ahora un resumen de las páginas anteriores, sino la exposición de algunas amplias conclusiones, alcanzadas como consecuencia de ese trabajo.

Primera: ningún cambio social o técnico-jurídico justifica una modificación de lo establecido en los artículos 1218 del CC y 319.1 LEC sobre la fuerza probatoria (o acreditativa) de los documentos públicos y, por tanto, de los notariales.

Segunda: el artículo 98 LA es un precepto irremisiblemente desafortunado, que contiene disposiciones cuyo tenor no resulta conforme a la mínima calidad legislativa deseable (por no hablar de nuestra tradición jurídica).

Tercera: aunque sea posible, con grandes esfuerzos, una aplicación del artículo 98 LA que no conduzca a resultados absurdos e injustamente perju-

diciales para innumerables sujetos jurídicos, los defectos intrínsecos del artículo 98 LA son un factor negativo permanente. Por tanto, resulta necesaria su derogación.

Cuarta: el problema real del coste excesivo de los documentos notariales, debido a su extensión, muchas veces innecesaria, puede resolverse de diversos modos, sin duda preferibles a la falsa «solución» del artículo 98 LA.

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

POR JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

POR JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 25-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

SEGREGACIÓN DE FINCA URBANA. EXCESO DE CABIDA PREVIO EN LA MATRIZ.

El hecho de que se realice la segregación de una de las parcelas que contempla la licencia y que, al efectuarla, quede la finca matriz sin cabida suficiente en el Registro para poder practicar en el futuro alguna otra segregación de las autorizadas por la misma licencia de parcelación, no puede ser un obstáculo para la inscripción, porque no hay en ello ningún interés real que proteger. Y ello no sólo porque realizar la segregación que ahora se practica no prejuzga que más adelante no pueda hacerse constar el exceso de cabida exigido por el Registrador, sino también por el hecho de que, además, el propietario de la finca matriz no tiene obligación alguna de realizar todas las operaciones que la licencia de parcelación autoriza, ni mucho menos tal y como parece pedir el Registrador a tenor de su informe a hacerlo por medio de una división de la que resultaran todas las fincas que la licencia de parcelación contempla.

Resolución de 26-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Almansa

INMATRICULACIÓN. FINCA CATASTRADA A NOMBRE DEL MARIDO DE LA TRASMITENTE.

Las normas jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social y con arreglo a su espíritu y finalidad (cfr. art. 3.1 del Código Civil), y es «sobradamente sabido» (*sic*) que, en multitud de ocasiones, fincas de la espo-

sa o gananciales figuran catastradas exclusivamente a nombre del marido. Por otra parte, si el marido de la que se dice titular de las fincas consiente la transmisión, como ocurre en el presente caso, sería excesivo para conseguir dicha inmatriculación, exigir una modificación catastral que, sin duda, se producirá posteriormente a nombre de los adquirentes.

Resolución de 28-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7

AGRUPACIÓN. DE FINCAS NO COLINDANTES.

Agrupación.—Es requisito para la agrupación la colindancia de las fincas.

Obra nueva.—La acreditación de la existencia de la edificación durante el tiempo suficiente para justificar la prescripción de la acción urbanística debe corresponderse con las fincas que consten inscritas y que se describen en la escritura y no venir referida al lugar que aparece indicado en el plano que consta incorporado a aquélla.

Resolución de 29-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

SEGREGACIÓN. EN JUICIO DECLARATIVO. NECESIDAD DE LICENCIA.

La eficacia relativa de la cosa juzgada no permite obviar exigencias legales que debieron observarse en su día (la licencia municipal o declaración de su innecesariedad) para que pudiera tener lugar la segregación practicada.

Si se acreditare que el suelo es urbanizable, la falta sería subsanable.

Resolución de 30-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts

COMPRAVENTA. JUDICIAL POR EJERCICIO DE DERECHO DE RETRACTO.

Apareciendo las fincas inscritas a favor de terceros que no han sido parte en el procedimiento, no puede inscribirse el título ahora calificado, pues así lo impone el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos (art. 24 de la Constitución Española), así como los principios registrales de legitimación, salvaguarda judicial de los asientos y tracto sucesivo (arts. 1.2, 20 y 38 de la LH).

El Juez que, en ejecución de sentencia, otorga la escritura calificada, carece de legitimación para intervenir en nombre de quienes no han sido parte en el procedimiento del que dimana la sentencia que se ejecuta.

Resolución de 5-5-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 3

TÍTULO INSCRIBIBLE. DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN CUANTO QUE CONTIENE DE UNA TRANSACCIÓN.

Conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para inscribir en el Registro los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, se exige que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, lo que no quiere decir que puedan constar indistintamente en cualquiera de estas clases de documentos, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 19 y 415 de la LEC, las partes pueden transigir sobre lo que sea objeto del litigio y, si alcanzan un acuerdo transaccional, puede el Juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de suerte que el acuerdo homologado tendrá todos los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias, por lo que queda cumplida la exigencia del artículo 3 de la LH.

La teoría del título y el modo no es invocable en el supuesto de división de la cosa común (cfr. art. 1068 del Código Civil).

Resolución de 6-5-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Carmona

HIPOTECA. EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA: FIANZA RESPECTO DE OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR UN TERCERO.

En las escrituras que tienen por objeto la constitución de una hipoteca por una persona, para garantizar los pagos que la entidad acreedora hipotecaria tenga que efectuar como fiadora de un tercero (según póliza de afianzamiento suscrita), no han de calificarse las relaciones más allá de la hipoteca y la obligación garantizada, quedando fuera del ámbito de la calificación otros documentos subyacentes que, si bien pueden explicar la obligación futura que se pretende garantizar no son, sin embargo, objeto de inscripción.

Resolución de 7-5-2003

(BOE 6-6-2003)

Registro de la Propiedad de Laredo

PROPIEDAD HORIZONTAL. LEGALIZACIÓN LIBRO DE ACTAS. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Cuando se solicita la cancelación de un asiento ya practicado (nota marginal de legalización del Libro de Actas de una Comunidad) por entender que no debió practicarse, debe acudirse a los procedimientos de rectificación registral y no al recurso gubernativo.

Resolución de 8-5-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Calviá

RESOLUCIÓN. DE COMPRAVENTA. REQUISITOS PARA QUE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA OPERE. PAGO DE IMPUESTOS.

Constando en el Registro una titularidad inscrita condicionada, sea suspensiva o resolutoriamente, es necesario acreditar de forma indubitada el cumplimiento o incumplimiento de la respectiva condición para cancelar registralmente dicha titularidad (art. 23 de la LH). En otro caso, como ahora ocurre, la rectificación no podrá hacerse si no media el consentimiento del titular o el oportuno pronunciamiento judicial, dado el principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales.

Se reitera que son dos los requisitos para que la condición resolutoria opere: *a)* que no haya oposición del requerido y, *b)* que se consignen cantidades percibidas por el vendedor.

Es necesario cumplir con el artículo 254 LH; es decir, se tiene que acreditar el pago del impuesto correspondiente, su exención, no sujeción respecto del negocio jurídico presentado a registración, para que se pueda proceder a la práctica del asiento pertinente.

Resolución de 9-5-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. TÍTULOS JUDICIALES.

No es admisible una instancia privada acompañada de fotocopias de sentencias y otros documentos.

Resolución de 10-5-2003

(BOE 6-6-2003)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE DESLINDE DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE. SOLICITUD DE CANCELACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Anotado preventivamente el deslinde, la anotación sólo puede cancelarse por caducidad, por terminación del procedimiento o por haber sido excluida la finca del mismo, pues tratándose de un procedimiento iniciado de oficio por la Administración no es aplicable el artículo 43 de la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, sino el artículo 44 de dicho Texto Legal, que es el que regula la doctrina del silencio administrativo aplicable al caso.

Resolución de 12-5-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

INMATRICULACIÓN. POR TÍTULO PÚBLICO.

No se entra a discutir sobre si el documento privado presentado a una Oficina Liquidadora es «documento fehaciente» que justifique debidamente el derecho del transmitente.

En este caso, la fecha fehaciente es posterior a la escritura.

Resolución de 13-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada

PARTICIÓN. POR CONTADOR PARTIDOR. EXTRALIMITACIÓN DE SUS FUNCIONES.

Existe extralimitación en las funciones del contador partidor que, tras liquidar junto con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, asigna todos los bienes de la herencia a uno de los interesados en la sucesión imponiéndole la obligación de pagar en metálico los derechos correspondientes a los demás interesados, y ello porque implica transformar los derechos de éstos al pasar de cotitulares de la masa hereditaria, con cargo a la cual deberían satisfacerse sus derechos, a ser titulares de un derecho de crédito frente al otro cotitular, lo que implica un acto dispositivo que sería admisible si lo consintieran todos los interesados y los mismos tuvieran la libre disposición de sus bienes, acto que no se encuentra entre las facultades de contar y partir el caudal, propias del contador partidor; sin que sea aplicable el artículo 1062 del Código Civil, en el caso de que en la herencia no existan más bienes que el considerado indivisible, pues el dinero con el que ha de abonarse el exceso a los demás interesados ha de ser el que exista en el haber hereditario, dado que, en otro caso, estaríamos ante una venta de una porción hereditaria.

Resolución de 14-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Elda

TRACTO SUCESIVO FORMAL. NECESIDAD DE INSCRIBIR LA TITULACIÓN INTERMEDIA. DOCUMENTO PÚBLICO. SU EXIGENCIA PARA LA INSCRIPCIÓN.

No es inscribible una finca adquirida por una persona en estado de soltera, a favor de otra con quien mantenía una unión de hecho, y que se adjudica a

esta última en virtud de un auto firme por el que se ejecuta la liquidación del régimen de comunidad de bienes por ellas convenido y que fue pactado en un simple documento privado suscrito por las dos, en el que se reconocían la copropiedad de dicha finca por haberla adquirido conjuntamente; y ello porque el principio de tracto sucesivo exige que no pueda registrarse directamente el bien a favor del otro condómino, sin que en escritura pública se contenga la transmisión en su día operada, siendo posible recoger las sucesivas transmisiones en un solo asiento, en el supuesto de que se presente dicha escritura.

Resolución de 16-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Avilés, número 2

**OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL. COMUNIDAD HEREDITARIA.
INNecesARIEDAD DE DETERMINACIÓN DE CUOTAS.**

Es inscribible una escritura en la que, para entregar ciertos legados ordenados por el titular registral en su testamento consistentes en determinados pisos, todos los herederos del mismo declaran una obra nueva realizada en su día por dicho titular registral y constituyen el edificio del que forman parte las fincas legadas en régimen de propiedad horizontal, adjudicando los pisos, objeto de legado, a los legatarios, ya que los herederos pueden, en primer lugar, entregar los legados y dejar para luego la partición, inscribiéndose, mientras tanto, la obra nueva y los pisos que no hayan sido legados a favor de la comunidad hereditaria que, por su especial naturaleza, no requiere que la determinación de participaciones proindiviso de los distintos herederos respecto de cada bien concreto.

Resolución de 17-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira

EXCESO DE CABIDA. DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es inscribible un exceso de cabida si existe duda fundada sobre la identidad de la finca, por no darse la identificación necesaria entre la descripción registral de la misma y los linderos resultantes de la certificación catastral aportada y, además, formarse por segregación la finca cuya exceso de cabida se pretende inscribir ya que, en todo caso, ha de ser indubitado que con la rectificación de cabida «no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral».

Resolución de 19-5-2003

(BOE 18-6-2003)

Registro de la Propiedad de Moguer

COSTAS. DESLINDE. CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL MISMO.

La anotación preventiva de deslinde es un trámite específico previo para conciliar la eficacia del deslinde —cuya Orden Ministerial aprobatoria tiene virtualidad rectificatoria del Registro— con la salvaguardia judicial de los asientos. No obstante, en el presente caso, no importa que se encuentra incurso en caducidad dicha anotación, ya que constando que el titular registral impugnó judicialmente la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde, quedan debidamente salvaguardados los derechos que el artículo 29 del Reglamento de Costas concede al mismo.

Nota.—La Resolución alude erróneamente al artículo 29 del Reglamento Hipotecario, cuando debe referirse al mismo precepto, pero del Reglamento de Costas.

Resolución de 20-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Montilla

CONCILIACIÓN. COMPRAVENTA FORMALIZADA EN ACTA DE CONCILIACIÓN.

No es inscribible un testimonio expedido por el Secretario Judicial relativo a un acta de conciliación por el que las partes compran y venden, en tal acto, determinada finca ya que, si bien dicha acta tiene el valor de un convenio reflejado en documento público, sin embargo no quiere decir que ése sea el título inscribible, al no estar recogida dicha compraventa en la escritura pública correspondiente, conforme al artículo 3 de la LH.

Resolución de 21-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9

HERENCIA. SUSTITUCIÓN VULGAR. ACREDITACIÓN DE LOS SUSTITUTOS.

A efectos registrales, es necesario acreditar la ineficacia del llamamiento como herederos sustitutos vulgares de los descendientes del instituido, cuando éste ha premuerto, no siendo suficiente la mera manifestación de quienes invocan tal condición, pues la exigencia en la acreditación de tal extremo viene, además, confirmada por el artículo 82.3.º del RH sin que, por otra parte, nos encontremos ante la existencia de un hecho negativo que no sea necesario probar.

Resolución de 22-5-2003

(BOE 24-6-2003)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL. DILIGENCIADO DE LIBRO DE ACTAS.

Procede la denegación del diligenciado de un libro de actas de una pretendida mancomunidad existente entre las diferentes fincas de una urbanización,

conectadas entre sí por diversas servidumbres constituidas sobre el resto de la finca matriz de donde proceden aquéllas, cuyo diligenciado fue solicitado por instancia acompañada de acta firmada sólo por las personas que asistieron a la Junta, en la que se acordó constituir dicha mancomunidad de propietarios pues, a pesar de que dichas servidumbres recíprocas pudieran generar ciertos gastos que les afectarían, no resulta registralmente ningún dato de cotitularidad, derecho subjetivamente real o «titularidad *ob rem*» que resulte atribuida a cada uno de los propietarios que les vincule a la contribución de expresados gastos o al disfrute de los distintos elementos, más allá de las servidumbres constituidas y, además, porque de la documentación presentada, aunque fuese por la sola fe del Secretario, no constan los requisitos mínimos para la creación de una supracomunidad conforme a la Ley de PH (convocatoria en forma, orden del día, asistentes y representados...).

Resolución de 23-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 1

EQUIDISTRIBUCIÓN. MODIFICACIÓN MÁS ALLÁ DE LOS SIMPLES ERRORES MATERIALES O DE HECHO.

No cabe inscribir la modificación de un proyecto de equidistribución, ya registrado, en base a sendas certificaciones municipales, en las que se refleja que la modificación consiste en disminuir la superficie segregada de ciertas fincas e incluir una finca nueva formada como resultado de las dichas superficies disminuidas, solicitándose que dicha finca nueva se inscriba como ganancial de los adjudicatarios y no como privativa de ellos y determinándose que en la nueva finca se refleje tal controversia, pues para poder inscribir este tipo de rectificaciones es necesario el consentimiento de todos los interesados afectados o, en su caso, la oportuna resolución judicial, por no tratarse de simples errores materiales o de hecho.

Resoluciones de 27 y 29-5-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro de la Propiedad de Castro del Río

FINCA. SU DESCRIPCIÓN. OPCIÓN DE COMPRA: PACTOS SIN TRASCENDENCIA REAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

1. La descripción de una finca con referencia a un plano es posible, siempre que exista la debida claridad entre la escritura y el plano.
2. La simple declaración de que se «obligan» los concedentes a realizar en el futuro modificaciones de entidades hipotecarias, es un pacto obligacional que no ha de acceder al Registro.
3. Tampoco ha de inscribirse, por la misma razón, lo relativo a los gastos, si no se establece al respecto un derecho real de garantía para asegurarlos, sin que pueda acceder el «contrato» en su integridad.
4. La redacción confusa de la escritura impide que pueda saberse, sin duda alguna, cuál es la interpretación que ha de darse respecto del precio. En

este caso, puede rectificarse por el procedimiento del artículo 153 del Reglamento Notarial.

5. No es inscribible una servidumbre imprecisamente constituida.

Resolución de 28-5-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

SEGREGACIÓN. LICENCIA. DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Es posible su obtención por dicho procedimiento, pero, en el presente caso, no están debidamente justificados los requisitos exigidos, ya que no cabe el juego del silencio positivo respecto de una petición que había sido desestimada anteriormente de forma expresa.

Resolución de 30-5-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro de la Propiedad de Logroño, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. CARÁCTER SUBSIDIADO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. SU CONSTANCIA REGISTRAL.

El artículo 326 de la LH impide a la Dirección General tener en cuenta documentos que no se han presentado al Registrador a la hora de calificar, por lo que el defecto alegado por el Registrador debe ser mantenido, sin perjuicio de que, presentado al Registro el documento administrativo que acredita la subsidiación del préstamo, dicha cualidad pueda hacerse constar, una vez que el Registrador la estima acreditada.

Resolución de 31-5-2003

(BOE 19-6-2003)

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2

CANCELACIÓN. HIPOTECA CAMBIARIA. CERTIFICACIÓN SUSTITUTIVA EMITIDA POR ENTIDAD DE CRÉDITO.

Al constituirse la hipoteca en garantía de precio aplazado «a favor del actual tenedor y de los futuros tenedores de las cambiales reseñadas» (cfr. párrafo segundo *in fine* del art. 154 de la LH) estamos ante una auténtica hipoteca cambiaria.

En cuanto a la admisión de una certificación bancaria sustitutiva de las letras de cambio, debe tenerse en cuenta que el certificado del que habla el artículo 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque es el expedido por la entidad tomadora cuando ésta, portadora de la letra, sea una entidad de crédito. Para este caso, el artículo 45 de dicha Ley permite a la entidad que presenta la letra al cobro entregar, en lugar de la letra original, un documento acreditativo del pago en el que se identifique suficientemente la letra. Dado que éste no es el

documento presentado por el recurrente, el defecto apreciado por el Registrador debe ser mantenido y el auto apelado, revocado.

Resoluciones de 3-6 y 19-7-2003

(BOE 26-7 y 14-8-2003)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 1

PRIORIDAD REGISTRAL. ASIENTO DE PRESENTACIÓN. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRESENTADOS. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA. SUBAPODERAMIENTO GENERAL NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. SU JUSTIFICACIÓN. SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO.

Prioridad registral: Aportación a una sociedad de inmueble que había sido vendido antes en escritura pública que accede después al Registro. El asiento de presentación (como las inscripciones) también se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales, por lo que no puede ser desvirtuado ni alterado sin consentimiento de la persona beneficiada o sin resolución judicial.

Calificación registral: Documentos aportados con posterioridad. El principio de prioridad no puede ser alterado teniendo en cuenta documentos posteriores en forma tal que desvirtúen dicho principio. Por ello, una certificación del Registro Mercantil de la que resulta la revocación del poder del representante de la sociedad aportante, que accede registralmente mediante constancia por nota al margen del asiento de presentación del documento calificado consistente en una aportación a sociedad, debería haber sido objeto de un asiento de presentación propio, por ser un título contradictorio, y que por ser de fecha posterior en su presentación al Registro, no podrá ir en contra del título previamente presentado.

Subapoderamiento: El subapoderamiento general debió inscribirse en el Registro Mercantil, pero su falta de inscripción no es obstáculo que impida el acceso al Registro de la Propiedad de lo hecho por el subapoderado. No es necesario que el subapoderado justifique la subsistencia del poder del sustituido.

Subsistencia del poder extinguido: Lo hecho por el apoderado ignorando la revocación es válido. El solo hecho de la inscripción en el Registro Mercantil de la revocación del poder no quiere decir que el apoderado no pudiera haber actuado de buena fe, si continuaba conservando el título representativo de sus facultades, por lo que tal apreciación de la buena o mala fe del apoderado es una circunstancia que debe ser apreciada por los Tribunales.

Resolución de 4-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACIÓN DE ELEMENTO COMÚN. FINCA GRAVADA. ARRASTRE DE CARGAS.

En un edificio en régimen de propiedad horizontal, en el supuesto de desafectación de la vivienda-portería que pasa a constituir finca independiente, la misma ha de quedar gravada con las cargas que recaían sobre los

elementos privativos del mismo edificio, pues ni la hipoteca ni el embargo afectan a la facultad de disponer sobre la finca hipotecada, ni a la de dividirla, no siendo imprescindible el consentimiento del acreedor hipotecario o embargante, ya que, a falta del mismo, el acto realizado no perjudicará su derecho. No obstante, en el presente caso, se produce una disminución jurídica del objeto hipotecado y se crea uno nuevo a partir del anterior por lo que, por aplicación del principio de subrogación real, todas las cargas del derecho anterior pasan a recaer igualmente sobre el nuevo objeto, por lo que para que éste quede liberado de las cargas que se arrastran, se precisaría el consentimiento de los titulares registrales de las mismas.

Resolución de 5-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8

SEPARACIÓN JUDICIAL. ADJUDICACIÓN DE VIVIENDA HABITUAL.

No es inscribible un convenio regulador aprobado judicialmente en autos de separación matrimonial en el que, tras atribuirse a la esposa el uso de la vivienda familiar, se establece que «los cónyuges se obligan a otorgar capitulaciones matrimoniales para que a la misma se adjudique la vivienda» y ello porque, en base a una interpretación gramatical elemental, resulta necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura de liquidación de la sociedad de ganancial; todo ello sin perjuicio de la inscripción del derecho de uso atribuido a la esposa contenido en el convenio.

Resolución de 6-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad de Carmona

HIPOTECA. EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA: FIANZA RESPECTO DE OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR UN TERCERO.

Reitera la Resolución de 6 de mayo de 2003 (ver Boletín, núm. 93, págs. 1624 y sigs.).

En las escrituras que tienen por objeto la constitución de una hipoteca por una persona, para garantizar los pagos que la entidad acreedora hipotecaria tenga que efectuar como fiadora de un tercero (según póliza de afianzamiento suscrita) no han de calificarse las relaciones más allá de la hipoteca y la obligación garantizada, quedando fuera del ámbito de la calificación otros documentos subyacentes que, si bien pueden explicar la obligación futura que se pretende garantizar no son, sin embargo, objeto de inscripción.

Resolución de 7-6-2003

(BOE 28-7-2003)

Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata

CANCELACIÓN. POR NULIDAD DE UNA COMPRAVENTA.

No se puede practicar la cancelación de un asiento de compraventa cuya nulidad ha sido declarada judicialmente en procedimiento penal por estafa, por no haber sido entablado el mismo contra el titular registral.

Resolución de 9-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad de Cebreros

HIPOTECA. EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES: CANCELACIÓN.

Procede practicar la cancelación de una hipoteca en garantía de obligaciones hipotecarias al portador, si en la escritura de cancelación comparece el propietario actual y éste exhibe al Notario autorizante los títulos correspondientes, y el Notario afirma que coinciden con los reseñados en la escritura de constitución de hipoteca y que quedan inutilizados, sin que sea necesario acompañar a la escritura los ejemplares destinados a la circulación y los cupones de las obligaciones al portador para hacer constar en ellos la cancelación de la hipoteca.

Resolución de 10-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2

HIPOTECA. IGUALDAD DE RANGO.

Estima la Dirección General, centrándose en el objeto exclusivo del recurso, que es inscribible una escritura de préstamo hipotecario en la que el titular registral de una finca anteriormente hipotecada constituye una nueva hipoteca y establece la igualdad de rango con la anterior, sin que medie el consentimiento del acreedor hipotecario, máxime si, mediante diligencia posterior, éste prestó su consentimiento. Incluso el Centro Directivo opina que no hubiera sido precisa dicha ratificación porque, a pesar de que la igualdad de rango sólo resulta de una declaración del hipotecante, la comparecencia y firma de la escritura por el representante del acreedor hipotecario implica su consentimiento a todo lo establecido en la misma.

Resolución de 11-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

HIPOTECA. PLAZO DE DURACIÓN DEL PRÉSTAMO GARANTIZADO.

Es inscribible la cláusula pactada en una escritura de préstamo hipotecario, cuya duración máxima es de treinta años y en la que el acreedor otorga al prestatario el derecho a optar bien por mantener el importe de las cuotas, no obstante la posibilidad de que varíe el tipo de interés, variando entonces el plazo y, en su caso, prorrogándolo, o bien mantener el plazo y modificar el importe de las cuotas, pues se ha fijado un plazo máximo de duración del

préstamo y porque cabe que, por razón de amortizaciones parciales, pueda ocurrir que el plazo se vea reducido.

Resolución de 12-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad de Tacoronte

GANANCIALES. APORTACIÓN. CAUSA.

Resuelve el Centro Directivo que es inscribible una escritura de obra nueva en la que los cónyuges declaran que los mismos han construido una edificación sobre una finca privativa del marido, mediante aportaciones proporcionales, con la finalidad de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en el suelo, y en la que se solicita la inscripción con carácter ganancial, por estimar la Dirección General que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Resolución de 13-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad de Torrijos

HERENCIA. BIENES PRIVATIVOS. POR CONFESIÓN: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LEGITIMARIOS EN LA FORMACIÓN DE INVENTARIO.

Para poder inscribir la adjudicación de una herencia de un bien inscrito con carácter privativo por confesión y que posteriormente se vende, se precisa, una vez fallecido el cónyuge confesante, la intervención de los legitimarios del mismo, salvo que se acredite su inexistencia.

Resolución de 14-6-2003

(BOE 29-7-2003)

Registro de la Propiedad

INCAPACITACIÓN. HERENCIA. ADMINISTRADOR JUDICIAL.

La administradora judicial de un presunto incapaz, nombrada como tal como medida cautelar mientras durara el procedimiento de incapacitación, carece de facultades para otorgar una escritura de manifestación de herencia en la que se adjudican al incapaz, como heredero único, los bienes dejados al fallecimiento de su hijo que carecía de descendientes, pues para aceptar la herencia es preciso tener la libre disposición de los bienes, lo que no se encuentra comprendido entre las facultades correspondientes al administrador judicial, sin que, en ningún modo, tales facultades puedan ser superiores

a las del tutor, siendo necesario la autorización judicial para aceptar la herencia pura y simplemente, no resultando, por otra parte, de la escritura que la aceptación haya sido a beneficio de inventario.

Resolución de 16-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD. CAUSA. DISMINUCIÓN DE CABIDA DE LA FINCA.

Es inscribible una escritura de disolución de comunidad otorgada por un padre y sus cuatro hijos, dueños de una finca en proindiviso en la que, previa división con licencia del terreno en cuatro parcelas, se adjudica a cada hijo una de dichas parcelas resultantes de la división, abonando los hijos el exceso de adjudicación, en metálico, al padre; y ello porque, al margen de que no existe simulación en el negocio efectuado, sí existe causa en el mismo, al permitir y justificar el artículo 406 y 1062 del Código Civil este tipo de operaciones.

En cambio, sí es defecto la existencia de una disminución de cabida no justificada, debiendo la misma ser acreditada porque, si no, existe el riesgo de que se produzca una desinmatriculación, que se pueda ayudar a bendecir transmisiones a colindantes sin las debidas garantías y servir además, de vehículo a un posible fraude urbanístico y fiscal.

Resolución de 17-6-2003

(BOE 26-7-2003)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

COMPRAVENTA. LICENCIA PREVIA DE SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA MISMA. PROHIBICIÓN DE DISPONER.

Es inscribible una escritura de compraventa de una finca otorgada por el titular registral a un tercero, a pesar de que, en una licencia previa de división del terreno originario, consta que «dos de los cuatro lotes resultantes están calificados de espacios libres» y que «conforme al Plan General de Ordenación Urbanística vigente, el propietario deberá ceder obligatoria y gratuitamente los terrenos destinados a espacios libres», lo cual se reflejó en la descripción de la finca y en el apartado «Cargas» de la escritura de compraventa, y ello porque de lo transcrito no cabe inferir la existencia de una prohibición de disponer del terreno que implique cierre registral en el caso de que no se ceda el mismo a favor del Ayuntamiento, pues las restricciones singulares del contenido ordinario del derecho de propiedad no se presumen, son de interpretación estricta y deben ser recogidas concretamente en el acta de inscripción del asiento para ser eficaces frente a terceros, debiendo entenderse que la solución sería la misma incluso cuando se entendiera que la efectiva división del terreno originario en los términos dichos significa la aceptación por su propietario, como compromiso urbanístico inscribible y, por tanto, eficaz contra terceros, del deber de cesión de los lotes calificados de espacio libre;

máxime cuando la subrogación del adquirente del bien en ese compromiso de cesión inscrito, es suficiente garantía del respeto a la legalidad urbanística y puede ser exigido por el Ayuntamiento.

Resolución de 18-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de L'Hospitalet de Llobregat, número 5

HERENCIA. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.

Es de contenido similar a la Resolución de 22-3-2003 (ver Boletín, núm. 92, pág. 1259). Aquí se plantean dos cuestiones: 1.^a De Derecho Interregional o Internacional, a saber, cuál es la ley que ha de regir los derechos del cónyuge supérstite cuando el causante tenía la vecindad civil catalana en el momento de su óbito, pero el régimen económico matrimonial era el de la sociedad de gananciales, y, por lo tanto, si tiene derecho al tercio en usufructo de la herencia o al usufructo universal, teniendo en cuenta lo que preceptúa el artículo 9.8 del Código Civil que dispone que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regula los efectos del matrimonio», y 2.^a Conflicto de intereses. Necesidad o no de defensor judicial:

1.^a En relación con la primera cuestión, entiende el Centro Directivo que en la exégesis del artículo 9.8 del Código Civil, caben dos posturas: Entender que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial existente al iniciarse la relación matrimonial, o que, como en el Derecho español el régimen puede cambiar, entender que se refiere sólo a los derechos ligados al matrimonio, de carácter familiar, que puedan integrarse en la sucesión, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que rijan las relaciones patrimoniales entre los esposos. La Dirección General opta por esta segunda postura, entendiendo que debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, por lo que los derechos del cónyuge se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial. Fallecido que sea uno de los esposos, para establecer los derechos en la sucesión del supérstite, se deberá calificar su ley personal común sobrevenida.

2.^a En cuanto al conflicto de intereses, entiende la Dirección General que su apreciación no es de su competencia, al haberse invocado el artículo 331.2 del Código de Sucesiones de Cataluña, entendiendo, no obstante, el Centro Directivo que la aplicación de una norma de conflicto interregional no supone, de por sí, un gravamen sobre la legítima, pues sólo existe conflicto de intereses cuando los interesados mantienen posiciones contradictorias y que, incluso si éstas existen, el ahora menor, cuando llegue a mayor de edad, podrá completar el negocio realizado por su representante. En definitiva, cabe entender que es aplicable la doctrina de la Resolución de 10-1-1994, por lo que el eventual conflicto de intereses y, en su caso, el nombramiento de defensor judicial, surgirá cuando se proceda a la liquidación de la comunidad ordinaria creada.

Resolución de 19-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Moguer

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. TRACTO SUCESIVO.

No cabe practicar anotación preventiva de dominio público marítimo-terrestre cuando en el procedimiento correspondiente no ha tenido intervención el titular registral (ni el actual de la finca ni los que eran al tiempo de practicarse el procedimiento de deslinde).

Resolución de 20-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA. PRÓRROGA. CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS DEL MANDAMIENTO QUE LA DECRETA.

Cabe practicar la prórroga de una anotación preventiva (en este caso era de demanda), aunque «no conste el nombre de la autoridad que expidió el mandamiento ordenando la prórroga» ya que, en materia de anotaciones, la legislación hipotecaria se muestra en términos flexibles, dado lo que se pretende con la práctica de dicho asiento: la constatación en el Registro de la existencia de un procedimiento que pueda afectar a la finca en cuestión. Además, en este caso, a juicio del Centro Directivo, «resulta identificado el órgano colegiado del que emana el mandamiento, el número de procedimiento, el nombre del Magistrado que dictó la providencia (*sic*) y las firmas correspondientes».

Resolución de 21-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

PARTICIÓN HEREDITARIA. POR CONTADOR-PARTIDOR. INDIVISIBILIDAD DE LA FINCA.

Es inscribible una escritura de partición de herencia otorgada por el albacea contador-partidor nombrado por el causante en su testamento con facultades para entrega de legados y pago de legítimas en metálico y en el que el testador legó a tres de sus hijos lo que por legítima estricta les corresponda, nombrando heredera universal a una cuarta hija, que también interviene en la escritura, pagando el contador-partidor las legítimas con metálico de la herencia, y adjudicando la única finca a la hija designada heredera, pues no es necesaria la conformidad de los legatarios para la adjudicación del inmueble en la forma y con la valoración que se han hecho en la escritura y porque la partición de herencia hecha por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que no se extralimite en sus funciones; lo que a juicio del Centro Directivo no sucede en

este caso, dada la indivisibilidad del bien adjudicado, no pudiendo el Registrador calificar la valoración dada al inmueble.

Resolución de 23-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar

PRIORIDAD. ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y VENTA PRESENTADA EN EL REGISTRO ANTES QUE UN MANDAMIENTO EN EL QUE SE DECRETA LA PRÁCTICA DE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER, ASÍ COMO DE EFECTUAR CUALQUIER INSCRIPCIÓN O SEGREGACIÓN SOBRE LA FINCA VENDIDA.

Es inscribible una escritura de segregación y venta de una finca —aunque se encuentre presentada antes de su despacho pero después de la presentación de aquélla— un mandamiento judicial que emana de diligencias previas y que decreta la practica de anotación preventiva de prohibición de disponer sobre la parcela vendida por la escritura antedicha y ordena paralizar cualquier inscripción o segregación con respecto a la dicha escritura pues, aunque el Registrador haya de tener en cuenta títulos presentados con posterioridad para una más acertada calificación, ello no puede desvirtuar el principio de prioridad.

Resolución de 24-6-2003

(BOE 30-7-2003)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA. *NUMERUS CLAUSUS*. TRACTO SUCESIVO.

No cabe practicar una anotación preventiva que tiene por objeto reflejar en el Registro la existencia de unas diligencias previas por prevaricación contra la ordenación del territorio, por estar inscrita la finca a nombre de persona distinta del denunciado, no entrando a resolver la Dirección General —a pesar de haberlo expresado el Registrador en la nota— de si dicha anotación es o no una de las previstas en el artículo 42 de la LH.

Resolución de 25-6-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE EMBARGO PREVENTIVO. TRACTO SUCESIVO. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN HECHA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO, DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES DEL CONSORTE POR LAS DEUDAS PERSEGUIDAS CONTRA EL DEUDOR.

No cabe admitir que, en procedimiento administrativo de apremio seguido contra un cónyuge, pueda acordarse cautelarmente el embargo de bienes de

su consorte, pues la Administración Tributaria no tiene competencia para declarar la responsabilidad de los bienes de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro, cuya declaración compete a los Tribunales de Justicia, por lo que no cabe acceder a la práctica de la anotación preventiva de embargo decretada.

Resolución de 26-6-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa

AGRUPACIÓN. DE VARIAS FINCAS UNA DE LAS CUALES NO CONSTA INSCRITA.

Es inscribible una escritura de agrupación de tres fincas, una de las cuales no se halla inscrita, habiéndose presentado a efecto de la inmatriculación de esta última las escrituras de adquisición por el agrupante y su transmitente y habiéndose acompañado certificación catastral de la finca resultante de la agrupación, ya que es coincidente dicha certificación con la finca que resulta de la agrupación practicada, no pudiendo obligarse al inmatriculante a instar una segregación catastral que inmediatamente quedaría sin efecto como consecuencia de la agrupación posterior.

Nota.—Se deslizan en esta Resolución algunas imprecisiones terminológicas al referirse, en algún momento, a la finca resultante de la agrupación como finca «agrupada».

Resolución de 27-6-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Telde, número 2

CONFESIÓN. DE PRIVATIVIDAD HECHA EN ESCRITURA COMPLEMENTARIA DE OTRA PREVIA DE COMPRAVENTA, REALIZADA POR EL CÓNYUGE TITULAR REGISTRAL, EN SU PROPIO NOMBRE Y EN REPRESENTACIÓN DE LOS HEREDEROS DE SU FALLECIDO CONSORTE.

Adquirida una finca por un cónyuge exclusivamente y encontrándose la misma inscrita a nombre del mismo y de su consorte, sin constar en la inscripción el carácter del bien ni tampoco si medió en la compra alguna aseveración sobre el carácter del precio, ni si hubo adquisición para la sociedad de gananciales, cabe la constancia registral de la confesión de privatividad efectuada por el cónyuge titular registral en su propio nombre y en nombre y representación de los herederos de su difunto consorte; confesión que puede hacerse en cualquier momento de tal manera que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, no siendo necesaria que se haga necesariamente en una partición de herencia.

Resolución de 30-6-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. DE BIEN CONCRETO DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LIQUIDACIÓN.

Reitera Resoluciones anteriores: Dada la naturaleza de la comunidad post-ganancial en liquidación, no es anotable un embargo sobre un bien concreto perteneciente a la sociedad de gananciales cuando tal régimen económico matrimonial se encuentra disuelto y no liquidado, pues sería necesario, según los casos, que el embargo se hubiese dirigido, bien contra ambos cónyuges, bien contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto o bien contra los herederos respectivos de ambos cónyuges, si los mismos han fallecido.

Resolución de 1-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15

DONACIÓN. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CONOCIMIENTO DE LA ACEPTACIÓN POR EL DONANTE.

Es inscribible una escritura unilateral de donación, acompañada de escrituras de aceptación de la misma por los donatarios, aunque la aceptación no haya llegado al conocimiento de donante, si éste no la revocó en vida, pues al no ser transmisible a sus herederos la facultad revocatoria, la donación deviene no sólo perfecta, sino consolidada definitivamente, alcanzando su firmeza; bastando, por lo tanto, acreditar que la aceptación tuvo lugar en vida del donante para que se proceda a la inscripción.

Resolución de 9-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Santa Marfá de Nieva

OBRA NUEVA. SEGURO DECENAL.

Es inscribible una escritura de declaración de obra nueva de una «vivienda unifamiliar aislada», de fecha 27-11-2001, otorgada por el representante de una sociedad limitada, y que está destinada a uso propio de la sociedad declarante, a la que se acompaña la licencia municipal y certificación del arquitecto autor del proyecto, ya que el carácter de vivienda unifamiliar lo es a efectos puramente administrativos y no puede limitarse el dominio sino mediante ley y porque, además, dentro del concepto «autopromotores individuales» se encuentran también las personas jurídicas, por lo que no es necesario acreditar las garantías contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Resolución de 11-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 42

COMPRAVENTA. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA QUE CONSTA PREVIAMENTE INSCRITA, SOBRE SI EXISTE O NO LIMITACIÓN A LA FACULTAD DISPOSITIVA DE LA HEREDERA TITULAR REGISTRAL, QUE POSTERIORMENTE VENDE.

Inscrito el pleno dominio de una finca a favor de una persona, en cuanto a una mitad indivisa, por liquidación de sociedad de gananciales, y en cuanto a la mitad indivisa restante, por título de herencia, con la cláusula consistente en que «en caso de fallecer la heredera designada sin haber llegado a serlo, o respecto de aquellos bienes que heredados por la misma no haya tenido que disponer a título oneroso durante su vida, la sustituye... por sus sobrinos», resulta inscribible la escritura de compraventa otorgada por dicha titular registral, vendiendo la totalidad del bien, pues la cláusula transcrita no supone limitación a sus facultades de disposición y, aun en el caso de que se interpretase que la misma sólo puede disponer en caso de necesidad, la justificación de dicha situación no entra dentro del ámbito de la calificación registral, sino que, si media dolo o abuso, dicha circunstancia sólo podrá ser objeto de apreciación por los Tribunales.

Resolución de 12-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Novelda

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE LA FINCA.

El exceso de cabida de una finca debe entenderse estrictamente como constatación de la medida real que se encuentra dentro de los linderos, pero sin alterar la configuración del inmueble. En otro supuesto, estaríamos ante la inmatriculación de una superficie colindante.

En todo caso, y aunque se acompañe la certificación catastral, es procedente la suspensión de la práctica de la inscripción pretendida de tal exceso, si el Registrador tiene dudas sobre la identidad de la finca (como ocurre en el presente caso, dados los antecedentes registrales que concurren en el mismo).

Resolución de 14-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de León, número 1

CERTIFICACIÓN REGISTRAL. DE DOMINIO Y CARGAS. NEGATIVA DEL REGISTRADOR A SU EXPEDICIÓN RESPECTO DE UNA FINCA SOBRE LA QUE RECAÍA UNA HIPOTECA UNILATERAL QUE CONSTA CANCELADA. RECURSO GUBERNATIVO: IMPROCEDENCIA DEL MISMO PARA RESOLVER SOBRE SI EL ASIENTO SE PRACTICÓ O NO INDEBIDAMENTE.

El recurso gubernativo no es el cauce adecuado cuando se trata de dilucidar la validez o nulidad del título o cuando, como consecuencia de una calificación registral, se ha practicado ya el asiento interesado, debiendo acudir en este último supuesto a las vías de rectificación previstas en la legislación hipotecaria, entre las que no se encuentra el recurso gubernativo.

Resolución de 15-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 7

COMPRAVENTA. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO.

No es posible la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa en la que concurren, como circunstancias, que el vendedor había sido declarado incapaz posteriormente a la fecha en que se supone que fue la suscripción del referido documento privado, y en cuya escritura el incapaz estuvo representado por la guardadora y administradora provisional de los bienes nombrada en trámites del proceso de incapacitación cuando, antes del otorgamiento de expresada escritura, recae el nombramiento de tutor del vendedor incapaz en persona distinta de aquélla, pues a efectos registrales, sólo puede considerarse como fecha en la que se produjo la compraventa, la del documento público y, por tanto, en tal fecha, ya el vendedor había sido declarado incapaz, no pudiendo recaer su representación en persona que no tiene facultades dispositivas; todo ello sin perjuicio de que pueda acreditarse, por vía judicial, la validez del negocio que la escritura contiene.

Resolución de 16-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro de la Propiedad de Cuéllar

EXPEDIENTE DE DOMINIO. DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUPTIDO.

Reitera Resoluciones anteriores, declarando que no es inscribible un testimonio del auto aprobatorio de un expediente de dominio reanudador del tracto sucesivo, cuando la interrupción que se pretende subsanar consiste en rectificar el error padecido en una escritura mediante otra de rectificación que no ha accedido al Registro, y el objeto de la rectificación se refiere a que la finca realmente adquirida era otra distinta de la que se expresaba en el título rectificado y que figura aún inscrita a favor de las mismas personas que otorgaron dicho título, pues la finca en verdad adquirida sigue inscrita a nombre del primitivo titular registral y no al del adquirente.

Resolución de 17-7-2003

(BOE 16-8-2003)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12

HIPOTECA. EJECUCIÓN TRAMITADA AL AMPARO DEL ANTERIOR ARTÍCULO 131 DE LA LH. CANCELACIÓN DE UNA ANOTACIÓN DE FORMA-

LIZACIÓN DE EXPEDIENTE DE SUSPENSIÓN DE PAGOS POSTERIOR A LA HIPOTECA EJECUTADA Y ANTERIOR A LA FECHA DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS.

Procede la práctica de la cancelación de una anotación de formalización de un expediente de suspensión de pagos posterior a la hipoteca base de la ejecución y anterior a la fecha de expedición de certificación de cargas decretada en el procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado al amparo del anterior artículo 131 de la LH, pues el acreedor hipotecario tiene derecho de ejecución separada, no estando sujeto al convenio que se apruebe y no siendo la anotación que consta practicada una excepción a la regla general de cancelación de los asientos ulteriores a la hipoteca; todo ello unido, además, al hecho de que los interventores han sido notificados de la existencia de la ejecución.

Resolución de 18-7-2003

(BOE 16-8-2003)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 4

COMPRAVENTA. SUSPENSIÓN DE PAGOS DE LA SOCIEDAD VENDEDORA, CONSTANDO PRESENTADO A DIARIO TESTIMONIO JUDICIAL DEL CONVENIO CON POSTERIORIDAD A LA ESCRITURA CALIFICADA.

Es inscribible una escritura de venta de unas fincas efectuada por una sociedad que se encuentra en situación de suspensión de pagos, según el Libro de Incapacitados, constando el testimonio judicial del convenio judicialmente aprobado presentado a Diario con posterioridad a la escritura de compraventa (convenio que también se testimonia notarialmente en la escritura), y en el que se faculta a la suspensa para realizar enajenaciones y actos de disposición de bienes, ya que el Registrador en su calificación debe tener en cuenta, en este caso, los títulos presentados a diario y porque la falta de inscripción del convenio en los Registros de la Propiedad y Mercantil no supone cierre registral o quiebra del tracto sucesivo a los actos ajustados al convenio, siempre que no conste anotada la rescisión del mismo o la solicitud de quiebra.

Resolución de 21-7-2003

(BOE 16-8-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. SEGREGACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS. RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Se encuentra legitimado para interponer el recurso gubernativo el acreedor titular de unas hipotecas sobre fincas comprendidas en segregaciones y restos de las mismas, cuyo acceso al Registro se suspende por no ajustarse a la ley la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

No es inscribible una escritura en la que la titular registral de determinados locales pertenecientes a un edificio en régimen de propiedad horizontal, segrega de los mismos ciertos locales y pisos, debido a que el acta de la comunidad de propietarios que se incorpora al título que se pretende inscribir no detalla debidamente las operaciones efectuadas, ya que la autorización es previa y condicionada a una serie de obras cuya realización no se acredita y que son, además, imprecisas; extendiéndose dicha imprecisión a la modificación de las cuotas de gastos de comunidad, aparte de no especificar el acta la persona que lo suscribe ni legitimarse su firma, y no acreditarse, asimismo, la notificación del acuerdo a los propietarios no asistentes.

Resolución de 24-7-2003

(BOE 16-8-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE QUE LAS PERSONAS LEGITIMADAS PASIVAMENTE Y LOS TITULARES REGISTRALES QUE DATAN DEL SIGLO XIX, SEAN LAS MISMAS.

No es anotable un embargo, aunque las personas que aparecen legitimadas pasivamente coincidan con las que constan como titulares registrales de las fincas embargadas, dado que dicha titularidad se mantiene desde el siglo XIX, en cuya época dichos titulares ya eran mayores de edad, siendo, por tanto, materialmente imposible que dichas personas existan y sin que se pueda olvidar que el principio de legitimación registral cede cuando no hay duda de la realidad extrarregistral y, además, porque el embargo sería ilusorio y dirigido contra personas inexistentes.

Resolución de 26-7-2003

(BOE 16-8-2003)

Registro de la Propiedad de Alba de Tormes

HERENCIA. PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO.

No es inscribible una escritura de herencia en la que el testador había establecido un «pseudousufructo testamentario» —que no es sino una sustitución fideicomisaria—, y en la que el fiduciario renuncia pura y simplemente a cuantos derechos pudieran corresponderle eventualmente en la herencia de dicho causante solicitando el mismo la inscripción de la finca a favor de la fundación instituida heredera en el testamento de aquél, pues la renuncia de un fiduciario no extingue la sustitución, de tal manera que, sólo una vez que ocurra y se acredite el óbito de la ahora renunciante y se determine su fallecimiento sin descendientes —de conformidad con lo establecido por el testador—, podrá inscribirse la finca a nombre de la fundación heredera.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 29-4-2003

(BOE 10-6-2003)

Registro Mercantil de Asturias

SOCIEDAD LIMITADA. CONSTITUCIÓN: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL SOCIO FUNDADOR. SEPARACIÓN DE BIENES. EMPRESARIO INDIVIDUAL.

No es aplicable el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, párrafo sexto, para la constancia registral del régimen de separación de bienes del socio fundador, cuando se trata de la constitución de sociedades mercantiles, no así cuando se trate de empresarios individuales, pues en este caso es evidente el interés de los terceros en conocer los bienes que puedan responder de las deudas contraídas en el desarrollo de la empresa.

Reitera que es necesaria la motivación íntegra en la nota de calificación del Registrador.

Respecto de la coordinación entre Registro Civil, Mercantil y de Bienes Muebles, se pronuncia en contra de dicha posibilidad, dado que el Registro Mercantil sólo tiene como ámbito la estructura y funcionamiento de las entidades, no de sus acciones o participaciones, no siendo inscribibles en el Registro de Bienes Muebles las prohibiciones de disponer, transmisiones ni gravámenes sobre las acciones o participaciones.

Resolución de 9-5-2003

(BOE 27-6-2003)

Registro Mercantil de Madrid, número IV

JUNTA GENERAL. DEPÓSITO DE CUENTAS. OMISIÓN EN LOS ANUNCIOS DE CONVOCATORIA DE LA MENCIÓN AL ARTICULO 212.2.º DE LA LSA.

Los anuncios de la convocatoria de la Junta General celebrada para la aprobación de las cuentas anuales deben incluir la mención contenida en el artículo 212.2 de la LSA. No se trata de un simple defecto formal el omitir un requisito que afecta a un derecho especialmente protegido y ello aunque se pretenda haber salvaguardado el derecho de información de los accionistas mediante envío por conducto notarial a todos y cada uno de ellos de una carta explicativa que contenía la mención a dicho artículo y copia de las cuentas anuales correspondientes y haber confirmado expresamente los accionistas presentes en la Junta que recibieron dicha documentación.

Resolución de 22-5-2003

(BOE 30-6-2003)

Registro Mercantil de Barcelona, número III

AUDITOR. NOMBRAMIENTO INSTADO POR SOCIOS MINORITARIOS.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas cuando en una sociedad no obligada a verificación contable se hubiese solicitado por socios minoritarios el nombramiento registral.

Resolución de 23-5-2003

(BOE 30-6-2003)

Registro Mercantil de Santander

DEPÓSITO DE CUENTAS. INFORME DE AUDITORÍA.

Debe tenerse por efectuado el depósito de cuentas anuales, tras realizarse la auditoría por el auditor designado por el Registrador Mercantil a solicitud de los socios minoritarios de la compañía, aunque el informe del auditor presentado a depósito no emita opinión alguna con respecto al balance y cuenta de resultados auditados.

Resolución de 24-5-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

REDUCCIÓN PARA DOTAR RESERVAS. SOCIEDAD LIMITADA.

En sede de sociedades limitadas queda excluida la posibilidad de una reducción de capital para dotar reservas, pues ello es congruente con el sistema articulado por la ley para proteger a los acreedores y que gira en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades devueltas; ello resultaría inaplicable en una reducción en que las devoluciones reales se aplazan hasta que se decida disponer de la reserva.

No obstante la Resolución apunta (aunque no admite expresamente) la posibilidad de una previsión estatutaria que para un caso como éste estableciese un derecho de oposición de los acreedores.

Resolución de 26-5-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro Mercantil de Zamora

DENOMINACIÓN.

Corresponde al Registrador Mercantil de la Provincia, además de al Central, calificar si la composición de la denominación social se ajusta a lo establecido en el artículo 406 del RRM.

La denominación «S.A.T. Peña, S. L.» no induce a confundir esta Sociedad Limitada con una Sociedad Agraria de Transformación, pues esta última requiere que en su denominación figure el número que le corresponde en el Registro General Administrativo.

Resolución de 2-6-2003

(BOE 8-7-2003)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

JUNTA: ANUNCIOS.

El orden del día de la convocatoria de Junta General debe contener una referencia expresa a la modificación consistente en la pérdida de la condición de sociedad laboral.

Resolución de 10-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro Mercantil de Asturias

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD COLECTIVA EN LIMITADA.

La transformación de una sociedad colectiva en limitada requiere el consentimiento unánime de todos los socios, no pudiéndose entender prestado ese consentimiento basándose en que resulta del pacto incluido en la escritura de constitución, y conforme al cual la «muerte o incapacidad de alguno de los socios no producirá la disolución de la sociedad continuando ésta entre los demás y los herederos del fallecido que tendrán los mismos derechos y obligaciones de su causante, si bien serán representados en la compañía por una sola persona...»

Dicho pacto no tiene otro objeto que excluir, como causa de disolución, el fallecimiento de uno de los socios. Quien sucede como socio al fallecido no es la comunidad creada entre los adjudicatarios de su cuota, sino cada heredero por su aceptación. Aun admitiendo la tesis del recurrente de que existe una comunidad ordinaria, la decisión de transformar la sociedad no sería un acto de administración que requiere el acuerdo de la mayoría, sino de alteración, que exige unanimidad.

Resolución de 23-7-2003

(BOE 15-8-2003)

Registro Mercantil de Lugo

AUMENTO DE CAPITAL.

En un aumento de capital con cargo a reservas, no puede excluirse el derecho de asignación gratuita como ocurre con el derecho de suscripción preferente, puesto que tal exclusión sería contraria a un derecho básico que la ley reconoce al socio, cual es el de participar en los beneficios sociales.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

I. RESOLUCIONES

I.1. Civil

Derechos Reales

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*HIPOTECA.—HIPOTECA. AMPLIACIÓN PRÉSTAMO HIPOTECARIO. NOVA-
CIÓN.—IMPOSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE HI-
POTECA SOLICITADA SIN LA CORRESPONDIENTE AMPLIACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE
ENERO Y 8 DE JUNIO DE 2002.)*

Antecedentes.—El supuesto de hecho similar en ambas resoluciones es la ampliación de un préstamo con garantía hipotecaria, con la correspondiente ampliación y modificación de dicha garantía. Ésta se aumenta para poder garantizar el nuevo capital prestado, pasando a asegurar cantidades superiores a las que hasta entonces garantizaba, pero manteniendo esa ampliación de hipoteca el mismo carácter y rango de la hipoteca inicial, por ser sólo una ampliación y modificación de la misma. Como se dice en la propia escritura de ampliación presentada, «queda subsistente en su integridad todo lo demás pactado en la escritura de préstamo primitiva».

En ambas Resoluciones el Registrador de la Propiedad rechaza la inscripción por entender que no se trata de la ampliación de un mismo préstamo hipotecario, sino de la concesión de un nuevo préstamo que, en consecuencia, debe llevar aparejada la constitución de una nueva hipoteca que lo garantice, conforme al principio de especialidad. No puede aprovecharse la existencia de una hipoteca anterior, ya inscrita, para garantizar con ella un nuevo préstamo; pues para que la suma contable de dos obligaciones genere una nueva y única obligación es necesario que se produzca la novación extintiva de la primera y su inclusión en la segunda. No se trata de una simple novación modificativa por cambio de objeto de la primera obligación. Existen dos obligaciones diferenciadas que deben llevar sus correspondientes hipotecas con sus características propias, independencia, rango, y carácter a todos los efectos.

Se interpone recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador, y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en la Resolución de

8 de junio de 2002, resuelve estimar el recurso, por entender que es perfectamente posible la novación modificativa del préstamo hipotecario, y que la LH en su artículo 115 admite la ampliación de hipoteca siempre que no perjudique los derechos reales inscritos con anterioridad a la misma y no plantee problemas con respecto de terceros.

El Registrador apela el auto presidencial, y la DGRN resuelve desestimando el recurso y confirmando el auto apelado.

Sin embargo, en la Resolución de 17 de enero de 2002, el Presidente del Tribunal de Justicia desestima el recurso planteado, confirmando la nota de calificación. El recurrente apela el auto desestimatorio de su recurso, y la DGRN estima este nuevo recurso, revocando el auto apelado, en el mismo sentido que la Resolución anterior y con idéntica doctrina en ambas Resoluciones, que es la que se recoge a continuación.

Doctrina.—La DGRN considera inscribible dicha escritura de ampliación de préstamo hipotecario, ya que supone una simple novación modificativa del préstamo, por lo que éste sigue siendo el mismo y no es necesario establecer una nueva hipoteca para garantizar el capital aumentado. Eso sí, es necesario que, asimismo, se amplíe la responsabilidad hipotecaria para poder garantizar ese nuevo importe, y esa ampliación de hipoteca tendrá el rango y prioridad que le corresponda a su nueva inscripción, sin poder perjudicar, en ningún caso, a terceros anteriores a la misma, ni pretender que mantenga el rango de la primera parte de hipoteca.

COMENTARIO

El problema planteado en las dos Resoluciones que se comentan (con idénticos Fundamentos de Derecho), ha generado en los últimos tiempos contradicciones entre el propio cuerpo de Registradores, en el que se han mantenido las dos posturas encontradas presentes en esta Resolución. No es extraño, entonces, el interés, actualidad y polémica que suscita este asunto.

El supuesto de hecho básico es la ampliación de un préstamo garantizado con hipoteca, aumentando el capital principal prestado. Dicha operación de aumento del capital del préstamo, lo que supone una nueva entrega de cantidad prestada, en tiempos diferenciados, puede dar lugar a dos interpretaciones distintas que se recogen, precisamente, en las dos tesis contrarias mantenidas por el Registrador y los solicitantes de la inscripción.

El dilema está en resolver la siguiente cuestión: al producirse una ampliación del préstamo hipotecario, ¿hay, se concede, un nuevo préstamo, o sigue siendo el mismo?

O lo que es lo mismo, la ampliación del préstamo hipotecario puede entenderse o como una novación extintiva, lo que implica la extinción de la primera obligación (el primer préstamo), para nacer otra distinta por un importe diferente a la anterior (por tanto: dos entregas de capital diferentes, dos obligaciones de devolver distintas, y en consecuencia, dos préstamos distintos). O bien, puede entenderse, sencillamente, como una novación modificativa que supone un cambio en el objeto de la obligación, por aumentarse la cantidad prestada, permaneciendo el resto de la obligación inalterada.

Las consecuencias para la garantía hipotecaria que asegura esa obligación, según se adopte una u otra tesis son bien distintas, y creo que merece la pena pararse a desarrollar ambas posturas.

1. NOVACIÓN EXTINTIVA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

A *priori*, y básicamente, el esquema que se sigue al defender esta postura es el siguiente: existen dos préstamos distintos, con dos obligaciones diferenciadas, que implican necesariamente por el principio de especialidad, dos hipotecas distintas, con sus distintos caracteres y rangos. Para su constancia registral sería necesaria la cancelación de la primera (pues se extinguió la primera obligación, y por tanto la primera hipoteca) y la nueva inscripción de la segunda hipoteca.

Los argumentos en defensa de esta tesis —mantenida por el Registrador— pueden ser:

La novación propia es la novación extintiva, y así se ha considerado tradicionalmente hasta la admisión de la modificativa. Luego, un cambio sustancial en las circunstancias de la obligación, que haga incompatible ese resultado con la obligación primitiva debería, en principio y de forma tradicional, extinguir esa *prima obligatio*, para dar lugar al nacimiento de la segunda o *nova obligatio*.

Por lo tanto, para que exista esa novación extintiva debe producirse o bien una declaración de voluntad de las partes expresando su *animus novandi* de dar por extinguido el contrato y correlativamente de crear una nueva obligación; o bien, un cambio sustancial en la obligación primitiva, de forma que la antigua y la nueva obligación sean incompatibles. Sólo en este segundo caso se presume la novación extintiva, fuera del cual es absolutamente imprescindible que conste esa voluntad de las partes de extinguir y crear una nueva (1). Y esto es lo que ocurre, según los defensores de esta postura, en el caso de la ampliación del préstamo hipotecario, porque tal «ampliación» no es sino una nueva concesión de préstamo, pues la nueva entrega de capital hace que nazca una nueva obligación de devolverlo, distinta de la anterior e incompatible con la misma, lo que exige la extinción de la primera. Ya que lo que se modifica o altera en este caso es un elemento esencial del contrato de préstamo: el capital entregado (2).

Los preceptos del Código Civil, 1.204 y 1.207 son favorables a esta interpretación, pues en ellos se contempla la novación extintiva y la consecuencia para los derechos accesorios cuando se produce esta novación, que no es sino la extinción de los mismos —entre ellos, la hipoteca—.

Por otra parte, la doctrina no duda en admitir, en determinados supuestos, la posibilidad de que la novación extintiva opere en el préstamo hipotecario,

(1) La jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando este requisito del *animus novandi* o la incompatibilidad de las obligaciones como rasgo diferenciador de la novación extintiva o propia. Baste ver al respecto, y entre otras, las siguientes SSTS de 3 de mayo de 1956; 25 de enero, 7 y 18 de julio y 22 de noviembre de 1982; 24 de febrero de 1984; 21 de diciembre de 1985; 16 de abril y 28 de mayo de 1986; 17 de febrero y 16 de diciembre de 1987; 7 de julio de 1989; 2 de junio y 14 de noviembre de 1990; 25 de enero y 23 de julio de 1991.

(2) En este sentido se manifiesta el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de noviembre de 1997: «No cabe apreciar la figura de la novación modificativa, como se pretende en el recurso, porque bien lejos de constituir la modificación presente una alteración de cláusulas o circunstancias accidentales, se refiere a lo verdaderamente esencial en el objeto del contrato de préstamo mutuo, el capital entregado».

entre ellos: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (3) considera que existe novación extintiva en el préstamo hipotecario cuando el acuerdo novatorio afecta a condiciones que producen la alteración esencial de la obligación garantizada; así por ejemplo, si cambia la naturaleza de la obligación, o cambia la naturaleza de la prestación, o cambia la persona del deudor, o se prorroga vencimiento de la obligación, o si la hipoteca pretende cubrir los intereses de nuevos períodos. GÓMEZ GÁLIGO (4) contempla como causas de una novación extintiva en préstamo hipotecario la modificación del régimen jurídico del préstamo hipotecario, y cuando se pretende que parte de un préstamo se rija por las condiciones anteriores y parte por condiciones nuevas, en estos casos existirán dos préstamos diferenciados con dos hipotecas distintas.

BALLUGUERA GÓMEZ (5), refiriéndose concretamente, ahora sí, a la ampliación de préstamo hipotecario, considera que en este caso nos encontramos ante una verdadera novación extintiva, pues afirma que «en el caso del préstamo de dinero la ampliación es inmediatamente la concesión de un nuevo préstamo, el cual ha de ser objeto de una nueva garantía, sin que sea posible extender la cobertura hipotecaria de una obligación antigua a la nueva, pues con ello se alteraría la prioridad de las obligaciones en detrimento de otros acreedores».

Vemos que es posible considerar a la ampliación de préstamo hipotecario como una novación extintiva, ¿qué efectos se producirán entonces? En primer lugar, la existencia de dos obligaciones distintas y bien diferenciadas, lo que conlleva de forma obligatoria la necesidad de dos hipotecas distintas. Al extinguirse la primera obligación para nacer la segunda, se extinguirá con ella la primera o inicial hipoteca constituida (principio de accesoriedad). Correlativamente, con la nueva entrega de capital nacerá la segunda obligación de devolverlo, o el nuevo préstamo, con su correspondiente garantía. Por lo tanto, dos hipotecas distintas, lo que registralmente ocasionará dos operaciones: cancelación de la primera e inscripción de la segunda, para que sean eficaces frente a terceros, tal y como exige los artículos 144 LH y 240 RH.

Además, estas hipotecas tendrán sus rangos distintos (1.º y 2.º, en su caso), con sus prioridades distintas, que no afectan para nada el sistema de preferencia y prelación de créditos establecido, sin interferir a los terceros interesados, o titulares de derechos intermedios inscritos, pues la nueva hipoteca tendrá, lógicamente, rango posterior al de éstos, el derivado de su propia (y postergada) fecha de inscripción. Tampoco se ocasionarán problemas en la ejecución, pues está perfectamente determinada y concreta cuál es la obligación que garantiza cada una, ejecución independiente por sus respectivos valores.

(3) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 2001, pág. 221.

(4) Véase GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Préstamo que es objeto de novación tan sólo en cuanto a una parte del crédito, única que es objeto de subsidiación», en *Notas Prácticas del BCNR*, mayo de 1996, núm. 5, pág. 1300.

(5) Véase BALLUGUERA GÓMEZ, C., *Casos prácticos del Seminario Registral del País Vasco*, CER, Madrid, 2001, págs. 125-126.

2. NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Si por el contrario, se defiende que la ampliación del préstamo hipotecario supone únicamente una novación modificativa, esto significa que sólo se produce un cambio en el objeto de la obligación, pero que ésta sigue siendo la misma. Se trata del mismo préstamo con las mismas condiciones y características, sólo que con un principal mayor, que aumenta por una entrega diferida de dinero sin que esto suponga un cambio en las circunstancias esenciales de la obligación o del contrato de préstamo.

En efecto, la novación modificativa implica un cambio en las circunstancias no esenciales de la obligación, que permiten que ésta varíe, pero sin llegar a extinguirse. Hoy en día no hay problema alguno para la admisión de esta novación (denominada «impropia», por no ser causa de extinción de la obligación), que encuentra su regulación y admisión por el Código Civil en el artículo 1203 y en una copiosa jurisprudencia que, después de varias vacilaciones, a partir de la STS de 29 de abril de 1947 no ha parado de admitir sin problemas (6).

En el caso concreto que nos ocupa, los partidarios de esta tesis consideran que el aumento del capital prestado no es un cambio de un elemento esencial, y que, además, la voluntad de las partes es la permanencia de la obligación inicial, pues así lo manifiestan al establecer en el clausulado que queda subsistente en todo lo demás lo establecido en la primitiva escritura de préstamo. Luego, hay que rechazar que se trate de una novación propia, pues en ella es fundamental ese *animus novandi* de extinguir la primera obligación y crear una nueva, o que ambas resulten incompatibles.

Asimismo, existe jurisprudencia civil y registral proclive a considerar la ampliación del préstamo hipotecario como una simple novación modificativa, lo que implica la subsistencia de la primera obligación, y por tanto de su acceso-rio: la hipoteca. En concreto, en la RDGRN de 7 de febrero de 1940, que contemplaba un supuesto de inscripción de ampliación de hipoteca, la DGRN acepta que la ampliación de préstamo hipotecario presentada a inscripción se haga refiriéndola a la primera escritura de préstamo hipotecario inscrita, sin necesidad de transcribir de nuevo las condiciones del contrato que ya figuran en la primera inscripción, por considerar que esa ampliación no exige una nueva hipoteca que la garantice, sino que sigue siendo la misma, y que los requisitos exigidos por el principio de determinación quedan suficientemente salvaguardados porque el préstamo y la hipoteca son los mismos que se inscribieron originariamente. Luego, el Centro Directivo admite que la ampliación de hipoteca no supone un nuevo crédito con una nueva hipoteca; no estamos, por tanto, ante una novación extintiva, sino meramente modificativa.

De manera no tan clara, pero sí de forma indirecta, podemos deducir que la ampliación de crédito hipotecario no es novación extintiva, sino que sólo implica la modificación de la obligación inicial, de las Resoluciones de 2 y 3

(6) En este sentido, y a favor de la admisión de la novación modificativa, véase: SSTS de 9 de febrero de 1889; 4 de abril de 1892; 14 de marzo de 1908; 30 de diciembre de 1935; 10 de febrero de 1950; 1 de diciembre de 1951; 9 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 20 de diciembre de 1960; 21 de enero de 1961; 23 de febrero de 1962; 31 de octubre de 1962; 30 de enero de 1963; 5 de marzo de 1965; 17 de junio de 1966; 22 de noviembre de 1982; 11 de julio de 1985.

de enero de 1996. Aunque en ellas el supuesto de hecho es distinto (se trata de una hipoteca en garantía de sólo parte de un préstamo ya establecido), la DGRN afirma que «siendo única la obligación contraída, dicha unidad no puede ser desconocida por el solo hecho de que se establezca una garantía hipotecaria que no la cubren su totalidad. Este carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes, sujetas cada una a un régimen jurídico diferenciado, la obligación sigue siendo única si así lo han configurado expresamente los contratantes y esta unidad presidirá su ulterior desenvolvimiento jurídico y su extinción». De manera que, en cierto modo, la DGRN aquí admite la relevancia de la voluntad de las partes de que la obligación siga siendo única y que tenga las mismas características, aunque parte no esté asegurada con hipoteca. Luego, en la ampliación de préstamo hipotecario podría valer también estas afirmaciones para mantener que lo relevante a la hora de determinar si se trata de una o dos obligaciones distintas es la voluntad de los contratantes, que, si así lo quieren, configurarán la ampliación como un «parte» de la misma obligación.

Igualmente, parte de la doctrina admite sin problemas la novación modificativa en la ampliación de préstamo hipotecario. Entre otros, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (7) admite la posibilidad de novación modificativa en el préstamo hipotecario cuando haya variación en alguno de los elementos de la obligación, sin que ésta pierda su identidad, y siempre que las partes hayan querido dar ese simple alcance al acuerdo novatorio. Considera que la consecuencia para la hipoteca de la novación modificativa sería la persistencia de la misma, como parece deducirse *contrario sensu* del propio artículo 1207 del Código Civil, y confirma la TS en la STS de 28 de mayo de 1991. Ahora bien, considera que ese acuerdo novatorio, meramente modificativo, es perfectamente posible *inter partes*, pero que nunca puede «modificar o agravar la posición de los que sufren el derecho de garantía que tenga el acreedor. En concreto, no cabe que pueda agravarse, o en general modificarse, el derecho de hipoteca —o cualquier derecho real— sin el consentimiento del dueño del bien y de los titulares de los demás derechos afectados». A continuación, enumera supuestos en los que desde luego es posible una novación modificativa sin consentimiento de los titulares del bien hipotecado, y otros en los que sin embargo sólo es posible con consentimiento de los titulares de derechos sobre el bien hipotecado. Entre estos últimos, admite que es posible una novación modificativa, permaneciendo igual la hipoteca, cuando ésta —la novación— consista en un aumento de la deuda para el deudor (luego, aquí cabe la ampliación del préstamo hipotecario). Eso sí, sólo será posible cuando paralelamente se amplíe la responsabilidad hipotecaria y sea consentida por todos esos titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación, pues de otro modo nunca podría perjudicarles (arts. 115 y 116 LH).

Si admitimos, entonces, que la ampliación de la hipoteca es una simple novación modificativa, los efectos con respecto a la hipoteca que asegura el préstamo serán bien distintos que en el supuesto anterior de novación extintiva. Al no extinguirse la obligación, tampoco lo hace la hipoteca, que seguirá siendo la misma. Es decir, no será necesaria ni la cancelación de la primera

(7) Véase PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, págs. 219-221.

hipoteca, ni una nueva inscripción; la hipoteca permanece o subsiste con las mismas condiciones, lo que, en puridad, implicaría que mantuviera el mismo rango y prioridad.

No obstante, aunque subsista la misma hipoteca, va a ser imprescindible que se lleve a cabo una ampliación de la hipoteca propiamente dicha. Es decir, de la responsabilidad hipotecaria en todo caso; pues, o bien, la garantía hipotecaria ya no alcanza a cubrir el nuevo capital concedido; o bien, aunque «alcanzara» o «cupiera» el nuevo capital dentro de la responsabilidad hipotecaria, esto no sería admisible, tal y como ha reiterado la DGRN en las Resoluciones de 30 de abril de 2001, 26 de mayo de 2001 y 9 de enero de 2002 (8).

Por lo tanto, creo que debemos centrarnos en la propia ampliación de hipoteca para saber qué es, cómo debe realizarse, cuándo es posible y qué consecuencias jurídicas puede tener.

La ampliación del derecho real de hipoteca es una posibilidad contemplada de manera muy sucinta en nuestra Ley Hipotecaria. Se contempla de manera genérica y un tanto vaga en el artículo 81 LH, admitiendo la posibilidad de ampliación de cualquier derecho real inscrito. Los pocos preceptos que la regulan se encuentran diseminados por el cuerpo legal y no se contempla en ninguno de ellos el caso de ampliación de hipoteca voluntaria por voluntad de las partes al ampliar el propio préstamo.

En concreto, los supuestos de ampliación de hipoteca expresamente recogidos en la Ley Hipotecaria son:

a) La ampliación de hipoteca para cubrir la cantidad mayor de la que pasa a responder la finca para asegurar intereses vencidos y no satisfechos que no estén asegurados por la hipoteca original (art. 115.1 LH) (9).

b) La ampliación de la hipoteca legal en el caso de que la constituida llegue a ser insuficiente por cualquier causa para asegurar la obligación: tanto por el incremento del crédito como el menoscabo o deterioro de la finca hipotecada (art. 163 LH).

c) Y también es posible una ampliación de hipoteca en sentido objetivo, de forma que quedan afectados por la hipoteca original otros bienes distintos de los que originalmente se ofrecieron como garantía (arts. 1129.3 CC, 163 LH y 219.2 RH).

Pero nada impide que se admita la ampliación de la hipoteca por voluntad de las partes, al ampliarse el capital prestado, por analogía con los supuestos a) y b), y dentro de ese «marco» general esbozado en el artículo 81 LH, eso sí, si se estipula en la escritura mediante pacto expreso de los contratantes.

(8) Doctrina de la DGRN en dichas Resoluciones: «Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado, con la que se transmite y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte debida, no puede utilizarse la misma para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido».

(9) Artículo 115.1 LH: «Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados».

La práctica diaria así lo confirma, y la doctrina lo admite de forma generalizada, si así se hace constar por una estipulación en la propia escritura de ampliación de préstamo hipotecario. En este caso hemos de entender por ampliación de hipoteca el acto por el que los mismos bienes afectados por la hipoteca pasan a responder de una cantidad mayor a la que hasta entonces aseguraban.

¿Cómo debe llevarse a cabo esa ampliación hipotecaria? Desde luego al ser un acto de eficacia real, pues modifica la responsabilidad hipotecaria, ha de hacerse constar en el Registro con el fin de que afecte a terceros, así lo exige el propio artículo 81 LH. Es más, y como dice MANUEL PEÑA (10), «constituye por sí un acto que, al modificar el alcance de la hipoteca, es acto de naturaleza dispositiva para los titulares de derechos sobre los bienes a que la hipoteca ampliada afecta o afectará». Lo que se traduce, según mi opinión, en la necesidad del consentimiento de esos titulares intermedios, pues de otro modo no podrá practicarse y no les afectará.

Si debe inscribirse en el Registro, ha de constar en documento público, en concreto en escritura pública otorgada entre el acreedor y deudor, en la que conste expresamente su voluntad de ampliar, y se llevará a cabo mediante una nueva inscripción. En la nueva inscripción que se practique se hará referencia a la primera inscripción que recoja el derecho ampliado.

La problemática que se suscita es en torno a los efectos que produce esa nueva inscripción en relación con el principio de prioridad. En concreto, el problema surge con respecto a los derechos inscritos con posterioridad a la constitución de hipoteca y con anterioridad a la ampliación; es decir, los derechos intermedios. En efecto, ¿esa nueva inscripción de ampliación de hipoteca, al ser la misma hipoteca, garantizar la misma obligación, tendrá el mismo rango que la primera parte o primer tramo de responsabilidad hipotecaria? La DGRN entiende que no, pues se vulneraría el principio de prioridad y los intereses de titulares intermedios de derechos reales que verían postergados sus derechos a esta «nueva parte de hipoteca». La doctrina confirma esta tesis, por ejemplo, GÓMEZ GÁLLIGO (11) sostiene que «la eficacia de la inscripción de ampliación de la hipoteca nunca se hará en perjuicio de los derechos inscritos o anotados en el ínterin, como expresamente reconoce el artículo 115 al establecer que la ampliación en ningún caso perjudicará los derechos reales inscritos con anterioridad a ella». En el mismo sentido se manifiesta JOSÉ POVEDA DÍAZ (12) afirmando que la inscripción de la ampliación «sólo podrá perjudicar a terceros desde la fecha de la modificación»; de igual forma, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (13) considera que el acuerdo novatorio establecido entre las partes (la ampliación) no puede nunca agravar la posición «de los que sufren el derecho de garantía que tenga el acreedor. En concreto, no cabe que pueda agravarse, o en general, modificarse, el derecho

(10) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 241.

(11) Véase GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., en AA.VV., «Comentario al artículo 115 LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 6, EDESA, Madrid, 2000, págs. 311-316.

(12) Véase POVEDA DÍAZ, J., en AA.VV., «Comentario al artículo 81 LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 5, pág. 616.

(13) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derechos reales. Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, págs. 220-221.

de hipoteca sin el consentimiento del dueño del bien y de los titulares de los demás derechos reales afectados (Resolución de 27 de noviembre de 1999)». A continuación, y refiriéndose al caso que la novación consista en una ampliación de hipoteca, añade que «para que el bien hipotecado responda de mayor cantidad, se requerirá que por todos los interesados se consintiera la ampliación de hipoteca, una ampliación de la hipoteca realizada sin el consentimiento de los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación no podría nunca perjudicar estos derechos».

Estoy completamente de acuerdo en que la inscripción de la ampliación de hipoteca no puede perjudicar nunca a esos terceros intermedios; lo que significa que la fecha relevante para producir efectos es la de su propia inscripción y no la de la inscripción de la constitución de la hipoteca. Si no fuera así, y el rango de la inscripción de la ampliación fuera el mismo que el de la constitución, se estaría alterando el rango registral, o incluso encubriendo un pacto de igualdad de rango, que no es posible de llevar a cabo mientras existan derechos intermedios que puedan verse perjudicados (14). Creo que debería rechazarse la inscripción de una ampliación de crédito hipotecario cuando, existiendo terceros intermedios, éstos no consienta tal ampliación.

Cuestión distinta es si, a pesar de la existencia de titulares de derechos intermedios, éstos consienten expresamente la inscripción de la ampliación de hipoteca:

a) Si consienten no sólo su inscripción (que tendría rango posterior a sus propios derechos), sino que se altere su rango, y tenga el mismo que la primera inscripción de constitución de la hipoteca, esto, según mi punto de vista, sería inscribible. Pero, estaríamos ante un supuesto de negociabilidad del rango, perfectamente admisible en nuestro sistema por el artículo 241 RH y 1255 del Código Civil, en concreto, podría hacerse a través de una permuta o posposición de rango, y eso es otro tema.

b) Si los titulares de derechos intermedios consiente simplemente en la inscripción de la ampliación de la hipoteca, con el rango que le corresponde (que, como hemos dicho, entiendo es posterior al de sus derechos), la inscripción también es perfectamente posible, no se altera el sistema de preferencias y prelaciones, y creo que el Registrador tampoco debería poner objeción a esta inscripción. Sin embargo, las objeciones aquí las pondría, creo yo, el acreedor hipotecario, que ve postergado su derecho, al menos en parte. Por lo tanto, y para este acreedor hipotecario, la existencia de derechos intermedios que pueden relegar su preferencia en el cobro, hace que no vea en la ampliación de préstamo hipotecario el mismo e idéntico crédito que el ampliado; pues las garantías de la ampliación (de la nueva parte), son menores y distintas a las del primer crédito, pues no se «presta» en las mismas condiciones. Luego, al acreedor no le interesará esta fórmula de ampliación = novación modificativa, sino que considerará que esa nueva entrega, en que consiste la ampliación, es una obligación distinta a la primera, y a la que debe corresponder su propia garantía hipotecaria, en su caso.

(14) En este sentido, véase GINER GARGALLO, A., «Hipoteca con pacto de igualdad de rango con otra anterior y cláusula según la cual no cabe subrogar otro acreedor en el segundo préstamo hipotecario sin subrogarlo también en el primero», en *BCNR*, 1998, núm. 77, pág. 55.

Por último, hay que analizar la posibilidad de que no existan titulares de derechos intermedios inscritos. Este es el caso de la Resolución que se comenta. Y creo que, entonces, puede practicarse la inscripción de ampliación de préstamo, siempre que conlleve la ampliación de la responsabilidad hipotecaria, y entiendo la postura de la DGRN de otorgarle un rango propio según su propia fecha, pues éste viene determinado por la Ley. Creo que es útil, para facilitar la ejecución, que cada «parte de hipoteca» responda sólo por su «parte del préstamo», perfectamente determinado.

No obstante, si no existen derechos intermedios, los problemas que plantea el Centro Directivo se reducen sobremanera. Ya no puede existir el problema de, caso de realización de la hipoteca inicialmente constituida, que el acreedor sólo tenga preferencia con respecto a las cantidades inicialmente garantizadas, y que en caso de exceso deba postergarse a los titulares intermedios para poder cobrar la parte ampliada. Al no existir esos derechos o cargas intermedias, aunque le otorguemos a la ampliación un rango distinto, los efectos para el acreedor serán que no tiene que soportar a otros prioritarios, y en el caso descrito cobraría del remanente o exceso directamente. Luego, no acabo de ver, admitiendo la posibilidad de negociación del rango hipotecario, que no existiendo terceros que puedan resultar perjudicados, deba mantenerse un rango diferenciado para ambos «tramos» de hipoteca, pues los efectos son los mismos.

Y, además, y aunque sí existieran cargas o derechos intermedios inscritos, donde considero imprescindible defender la tesis del Centro Directivo y otorgar a cada inscripción la prioridad derivada de su fecha de presentación, repito, a pesar de eso, creo que se podría hacer una nueva crítica a la resolución adoptada. Al acreedor realmente le da igual que se inscriba la ampliación como el mismo préstamo aunque rango distinto, que que se considere que esa ampliación es un nuevo préstamo, con una nueva hipoteca, con su rango distinto y correspondiente. ¿Qué ventajas tiene la solución ofrecida por la DGRN para el acreedor hipotecario?, ¿no habría sido, a efectos prácticos, lo mismo considerar que la ampliación es una nueva obligación, un nuevo préstamo, y que nos encontramos ante una novación extintiva, y por tanto, se practicaría un nuevo asiento de nueva hipoteca con sus propios efectos y condiciones, sin necesidad de dar tantas vueltas para llegar a una solución prácticamente idéntica con respecto a sus efectos?

Dejo planteada la pregunta, que no es sino expresión de mis propias dudas, y espero que alguien las comparta. Pues, aunque desde el punto de vista jurídico y teórico comparta el razonamiento de la DGRN, y considere que la única opción posible para inscribir esa ampliación de préstamo hipotecario es que se haga con la correspondiente ampliación de hipoteca, y que cada tramo tenga su propio rango, veo que en la práctica, y en este caso concreto, la importante distinción entre novación extintiva y modificativa no es tan relevante. La polémica de si la ampliación del préstamo hipotecario es una novación modificativa o extintiva, siendo *a priori* posturas tan distintas por la propia exigencia del principio de prioridad y el sistema de prelación de cargas, y el perjuicio que se puede ocasionar a terceros intermedios, queda sin relevancia. Y nos vemos abocados a dar una misma solución práctica: rangos distintos, tanto sea para cada hipoteca (si consideramos novación extintiva), o sea para cada parte de la misma hipoteca (si consideramos novación modificativa). ¿No sería todo más sencillo si se mantuviera entonces desde el principio la postura del Registrador?

HIPOTECA.—PACTO DE IGUALDAD DE RANGO. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.—POR SIMILITUD CON LA POSPOSICIÓN DE RANGO, ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, AUNQUE SE ENTIENDE BASTANTE EL OTORGADO EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE NUEVA HIPOTECA CON RANGO SIMULTÁNEO. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE JUNIO DE 2003.)

Antecedentes.—Se solicita la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre la misma finca en la que ya existía una primera hipoteca a favor del mismo acreedor hipotecario, en la que se establece que «la hipoteca que se otorga en este documento tendrá rango simultáneo a la ya inscrita».

El Registrador suspende la inscripción por entender que el acreedor hipotecario no ha consentido expresamente la igualdad de rango establecida, de conformidad con el artículo 241 RH.

Posteriormente se hace constar mediante diligencia, la voluntad del acreedor hipotecario declarando que consiente expresamente en esa igualdad de rango.

Doctrina.—La DGRN entiende necesario que el acreedor hipotecario preste su consentimiento expreso al pacto de igualdad de rango establecido. Pero considera que esa voluntad expresa queda suficientemente justificada al otorgar el consentimiento en la escritura de préstamo hipotecario donde se recoge dicho pacto. Además, se presenta diligencia a la escritura conteniendo exclusivamente dicho consentimiento, por lo que cualquier duda al respecto queda disipada, y debe practicarse la inscripción solicitada.

COMENTARIO

El breve comentario que sugiere esta Resolución no es tanto relativo a si es bastante o no el consentimiento previamente prestado en la escritura de constitución del nuevo préstamo hipotecario (que entiendo que sí lo es), como el hecho de establecerse en la escritura un pacto de igualdad de rango.

En efecto, el defecto señalado por el Registrador en su nota de calificación es «no haber consentido expresamente el acreedor hipotecario» a la igualdad de rango establecida por el hipotecante con otra hipoteca constituida sobre la misma finca y a favor del mismo acreedor. Creo, al igual que la DGRN, que el hecho de que el acreedor otorgue junto con el hipotecante una escritura de constitución de hipoteca, en la cual una de sus estipulaciones o cláusulas señala expresamente que dicha hipoteca tendrá el mismo rango que otra anterior ya inscrita, pone de manifiesto, o implica que ese acreedor ya está consintiendo y prestando su voluntad, y por tanto aceptando todo lo que en esa escritura se contiene. La escritura no es sino el continente o el vehículo de expresión de la voluntad de los otorgantes; luego no puede ignorarse el consentimiento expreso del acreedor a ese pacto de igualdad de rango, cuando aparece recogido en la propia escritura que se otorga.

En este sentido, conviene recordar las palabras de NÚÑEZ LAGOS (1) al hablar sobre la importancia del consentimiento en los negocios jurídicos y su

(1) Véase NÚÑEZ LAGOS, R., *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Instituto de España, Madrid, 1986, págs. 614-615.

relación con el documento que lo recoge: «El texto documental vale en cuanto impregnado de consentimiento. El consentimiento es la savia del documento. El documento, jurídicamente, no va más allá del consentimiento. Es inexistente lo que no cubra el manto del consentimiento». Y continúa este autor: «El texto documental tiene un principio y un final: el consentimiento cubre el texto sin lagunas, palabra a palabra —lectura íntegra— desde el principio hasta ese final. Y no solamente lo cubre, sino que lo cierra y aísla. Lo que excede del texto es inexistente por no consentido»: Por último, añade, en relación con los instrumentos notariales modernos, que siempre es imprescindible la unidad de texto y consentimiento, y es obligatorio que el Notario lea íntegramente el documento a los otorgantes, y éstos, enterados de su contenido, si están de acuerdo, así lo consienten y firman, tal y como exige el propio Reglamento Notarial.

ÁVILA ÁLVAREZ (2) recoge las palabras de NÚÑEZ LAGOS, señalando la importancia del consentimiento en el texto documental, y añade que considera suficiente (en los instrumentos inter vivos) que ese consentimiento quede plasmado con la expresión «así lo otorgan» u otra semejante, sin perjuicio de que en la parte dispositiva ya conste la conformidad de los otorgantes a cada uno de los pactos que allí se contienen. Por último, la firma del documento o suscripción es una prueba más de ese consentimiento o aquiescencia.

No hay duda, entonces, de que el acreedor ya ha consentido el pacto contenido en la escritura al otorgar esta misma. Pero, además, ya no puede entenderse otra cosa distinta cuando, sin ser necesario (desde mi punto de vista), presenta para subsanar el defecto señalado y como complemento de la citada escritura, diligencia que recoge expresamente ese consentimiento. Comparto la opinión de la DGRN en este punto.

Sin embargo, creo conveniente aprovechar este comentario para criticar que el Centro Directivo no haya aprovechado esta Resolución para perfilar un poco más el pacto de igualdad de rango, la posibilidad de su admisión (que obviamente acepta), y los requisitos necesarios que deben cumplirse para que sea viable.

Es cierto que en la Resolución sólo debe entrar en los defectos recurridos, objeto de recurso, y que no puede extralimitarse a otros asuntos; sin embargo, ya que se cuestionaba en el recurso la necesidad del consentimiento del acreedor hipotecario y cómo debe plasmarse ese consentimiento cuando se establece una simultaneidad de rangos de dos derechos reales distintos (en principio, imposible), creo que habría sido una buena ocasión para dejar constancia un poco más amplia de la opinión de la DGRN.

Los derechos reales, por su inherencia, absolutividad y exclusividad, no pueden recaer o gravar la misma cosa a la vez y en igualdad de condiciones, por eso es necesario ordenarlos. Y en nuestro Derecho se configura el rango como el lugar que en ese orden debe ocupar cada derecho real, optándose asimismo por un sistema de avance de puestos, cuando el derecho con rango anterior a otro se extingue. El rango viene a ser, por tanto, una cualidad del derecho real, que, sin embargo, y en ciertas ocasiones se puede separar del mismo, convirtiéndose en un «ente» autónomo, objeto de negociación. Son los supuestos de negociabilidad del rango: permuta, posposición y

(2) Véase ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Derecho Notarial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 255-258.

reserva de rango. Estos tres «negocios sobre el rango» están admitidos sin problemas por la doctrina y encuentran su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (1.255 del Código Civil) y en preceptos legales como el artículo 241 RH.

La igualdad de rango entre dos derechos reales, en principio, no podría tener cabida, pues contraviene la teoría general de los propios derechos reales de que son exclusivos y excluyentes entre sí. No obstante, basándose en la autonomía de la voluntad de las partes, la doctrina parece admitir esta posibilidad (3), y la Ley la contempla específicamente en supuestos determinados: artículo 155.2 LH (en hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso); 1.138 del Código Civil (hipoteca en garantía de crédito mancomunado); o en el caso de anotaciones preventivas de varios legados de género o cantidad cuando las mismas se hayan obtenido dentro de los 180 días siguientes al fallecimiento del causante (art. 51.2 LH). Incluso de varios preceptos legales parece admitirse la posibilidad del convenio o pacto entre varios titulares de derechos reales, de otorgarles el mismo rango: vgr. En el supuesto de presentación simultánea de varios títulos contradictorios (art. 422.4 RH); o el convenio entre varios acreedores hipotecarios al amparo del artículo 227 RH, que creo es fundamental para su admisión.

Todo esto parece inclinar la balanza hacia la admisión del pacto de igualdad de rango en el supuesto que nos ocupa, entre el hipotecante y el acreedor hipotecario para dos hipotecas distintas establecidas por ellos y sobre la misma finca. ¿Y qué requisitos serán necesarios para su admisión e inscripción en el Registro?

Creo que, en primer lugar, y como es obvio sólo puede referirse a derechos reales limitados en cosa ajena, y como dice GINER GARGALLO (4), que tengan cierta similitud entre ellos.

En segundo lugar, se trata de aplicar a este supuesto los requisitos establecidos para la posposición de rango, sí contemplada expresamente en el artículo 241 RH, en concreto la necesidad de que conste el consentimiento del acreedor que haya de «posponer» su derecho. Aquí como no se trata de una posposición *strictu sensu*, nos tenemos que referir a la necesidad de que conste el consentimiento del acreedor cuyo rango se altera o modifica. Pero esto es, precisamente, lo que se critica por parte de la doctrina, que entiende (y con ellos el Notario autorizante de la escritura) que al ser supuestos distintos —la posposición y el pacto de igualdad de rango— donde no hay ningún rango que se posponga, no se puede aplicar los mismos requisitos que en el 241 RH, y que, en consecuencia, no sería necesario el consentimiento de ese acreedor hipotecario cuyo rango se modifica. La DGRN parece dejar claro en esta Resolución, por el contrario, que sí es necesario ese consentimiento, y expreso.

(3) Véase ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1995, págs. 75-85; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 736-737; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 2001, pág. 238; GINER GARGALLO, A., «Hipoteca con pacto de igualdad de rango con otra anterior y cláusula según la cual no cabe subrogar otro acreedor en el segundo préstamo hipotecario sin subrogarlo también en el primero», en *BCEHC*, 1998, núm. 77, pág. 55.

(4) Véase GINER GARGALLO, A., *ob. y loc. cit.*

Además, parece también coherente pensar que dicho pacto es perfectamente admisible siempre que no existen titulares de derechos intermedios que puedan resultar perjudicados, porque de otro modo se estaría alterando el sistema de preferencia y prelación de créditos ya establecido. Y si existieran, ¿sería posible el pacto de igualdad de rango consentido o permitido por éstos?

Por último, ¿qué efectos tiene este pacto de simultaneidad con respecto a la ejecución?, ¿ha de aplicarse sin más la solución del 227 RH de considerarse como preferente la carga que sea simultánea a la del actor?, o por el contrario ¿hay que entender que se establece una especie de comunidad de derechos entre los derechos de igual rango, con una forma de ejecución conjunta?

Como se puede ver, existen ciertos interrogantes sobre el pacto de igualdad de rango, por lo que creo que habría sido interesante un análisis un poco más detallado por parte del Centro Directivo. Y aunque comprendo que probablemente excedía del ámbito objetivo del recurso planteado, he considerado conveniente ponerlos de relieve desde este comentario.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACIÓN DE ELEMENTO COMÚN Y COMPRAVENTA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 4 DE JUNIO DE 2003.)

Antecedentes.—Se solicita la inscripción de la modificación del edificio referido como consecuencia de la desafectación como elemento común de la vivienda de la portería, y la posterior venta a persona determinada la citada vivienda, estableciéndose una cláusula de liberación de arrastre de cargas por razón de procedencia en relación con las que actualmente pudieren pesar sobre los elementos privativos del edificio.

Doctrina.—La DGRN establece la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

COMENTARIO

El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (arts. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil) no procediendo la enajenación de estos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Así pues, los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que, según se ha señalado, integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado.

Es principio básico de nuestro sistema que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien, de no mediar

dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellos o de todos simultáneamente (arts. 122 y 125 de la Ley Hipotecaria).

De las consideraciones anteriores se desprende inequívocamente que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirá pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente, y ello es precisamente lo que ocurre en el supuesto debatido, en el que respecto de una parte de los elementos comunes que no es estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se acuerda, conjuntamente, su objetivación jurídica (mediante su configuración como un nuevo elemento privativo con su cuota sobre el todo), su desvinculación de la específica afección al servicio o utilidad común que se le había asignado en el título constitutivo, y su enajenación inmediata.

En tal caso, es evidente que la cuota que a cada piso o local preexistente correspondía sobre el todo —cuota que integraba el dominio de dicho piso o local—, se descompone en dos nuevos elementos: La nueva cuota sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (que sigue siendo anejo inseparable del piso o local) y la cuota proporcional pertinente en el nuevo objeto jurídico antes integrado en ese todo común (ya desligada del dominio del piso), continuando ambas afectas a los gravámenes que pesaban sobre el derecho matriz —el dominio del piso o local— y ello aun cuando se haya acordado que ese nuevo objeto jurídico sea inmediatamente transmitido a tercero; y se verifique efectivamente dicha transmisión (arts. 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria).

Ha de señalarse, por último, que *la desafectación*, en cuanto acto modificador del título constitutivo de la propiedad horizontal, es competencia exclusiva de la Junta de Propietarios (arts. 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), quedando restringida la legitimación para asistir a ella a los respectivos propietarios de los elementos privativos (arts. 14 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Por todo ello, ha de concluirse en la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

I.2. Mercantil

POR MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR EL REGISTRADOR MERCANTIL A INSTANCIA DE SOCIO DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LEGITIMACIÓN.—ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR SOCIO QUE ALEGA SER TITULAR DEL 45 POR 100 DEL CAPITAL SOCIAL, A PESAR DE QUE COMO CONSECUENCIA DE UN AUMENTO DEL CAPITAL ACORDADO CON ANTERIORIDAD A LA SOLICITUD, PERO NO INSCRITO TODAVÍA EN EL REGISTRO MERCANTIL, LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE HA QUEDADO REDUCIDA AL 2,25 POR 100. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DEL AUMENTO DEL CAPITAL EN SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE AGOSTO DE 2002.)

RESOLUCIÓN de 27 de agosto de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso de alzada interpuesto por don Jaime Roca Busquets, administrador único de «Óptima Informática de Gestión, S. L.», contra la Resolución dictada el 12 de abril de 2001 por el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona, en la que se admitía a trámite la petición de nombramiento de un auditor por parte de uno de los socios.

Antecedentes.—I. El 23 de marzo de 2001, don Ismael Fernández Álvarez presentó un escrito ante el Registro Mercantil de Barcelona solicitando, en virtud de los artículos 84 y 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y de los artículos 350 y siguientes de Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para realizar la auditoría del ejercicio 2000, alegando en su favor la titularidad de 45 por 100 del capital social.

II. La sociedad, a través de su administrador único (don Jaime Roca Busquets) se opuso a dicha pretensión, alegando la falta de legitimación del solicitante, ya que en la fecha de la solicitud la participación de este último había quedado reducida al 2,25 por 100, como consecuencia de un aumento del capital acordado por la Junta General el 19 de mayo de 2000, y ya ejecutado, al que, sin embargo, no había acudido el solicitante. Esta circunstancia tiene como efecto, según la sociedad, que el socio solicitante no llegue a representar el mínimo del 5 por 100 del capital exigido por la Ley para el ejercicio del derecho al nombramiento de auditor.

III. No obstante la oposición de la sociedad, el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona, estima la solicitud presentada, ya que de la documentación que obra en su poder se desprende la titularidad de un número de participaciones superior al 5 por 100 del capital social, sin que conste que el aumento del capital alegado por la sociedad haya sido inscrito en el Registro y ni tan siquiera que haya sido presentada a inscripción la documentación relativa al mismo. De este modo, el Registrador Mercantil estima que no puede negarse legitimación al socio que ostenta formalmente el 5 por 100 del capital social en el momento del ejercicio del derecho, dado el carácter cons-

titutivo (de acuerdo con la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado) que tiene la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos de aumento del capital.

IV. Contra dicha Resolución, la sociedad interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado insistiendo en el argumento de la falta de legitimación del solicitante, y adjuntando copia de la escritura de aumento del capital, cuyo original obraba en el Registro Mercantil de Barcelona desde el 4 de mayo de 2001 para su inscripción.

Doctrina.—Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 144, 152 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1993, 28 de marzo de 1995 y, como más recientes, las de 3 de diciembre de 1999, 26 de octubre de 2000 y 25 de enero de 2001.

1. El único problema que se plantea en el presente expediente es el de determinar si un aumento del capital acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor pero no presentado ni inscrito en el Registro Mercantil sino con posterioridad a dicha solicitud, puede ser tenido en cuenta a los efectos de computar el porcentaje de capital social que el socio solicitante representa en la sociedad. A estos efectos, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que de acuerdo con la doctrina reiterada de este Centro Directivo, la solución ha de ser negativa, ya que debido al carácter necesario de la inscripción de los aumentos del capital y teniendo en cuenta que ésta no se había producido aún en el momento en que se realizó la petición de nombramiento del auditor, para el Registro el solicitante seguía siendo titular de más del 5 por 100 del capital social y, en consecuencia, procedía dicho nombramiento.

2. Por todo lo anterior, la Dirección General resuelve desestimar el recurso de alzada interpuesto por el administrador único de la sociedad contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil, número VI de Barcelona.

COMENTARIO

Como es sabido, tanto en relación con las Sociedades Anónimas como con las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Ley exige que el aumento de la cifra del capital social consignada en los Estatutos Sociales sea objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Frente al régimen legal previgente —que exigía dicha inscripción sólo respecto del acuerdo de aumento— la disciplina actualmente en vigor requiere la constancia registral de la ejecución de aquel acuerdo, bien mediante el sistema general de la inscripción simultánea del acuerdo y de la ejecución (art. 162.1 LSA y art. 78.2 LSRL), o bien mediante el sistema excepcional de la doble inscripción al que pueden optar bajo determinadas circunstancias las Sociedades Anónimas cotizadas (art. 162.2 LSA) (1).

(1) De este modo, con arreglo al sistema de la inscripción simultánea, la sociedad no podrá presentar a inscripción el simple acuerdo social de aumento (ya haya sido adoptado por la Junta General, o ya por los administradores en el marco del aumento

Partiendo de que la inscripción de las operaciones de ampliación del capital social en el Registro Mercantil se configura como un deber legal para las sociedades de capital, uno de los temas objeto de discusión todavía hoy se refiere al carácter atribuible a dicha inscripción, esto es, si la misma tiene carácter constitutivo o meramente declarativo (2). La controversia se encuentra motivada por el silencio que la Ley guarda sobre esta cuestión, a diferencia de lo que ocurre en relación con alguna otra operación jurídico-societaria (cfr. art. 245 LSA, que establece con total claridad la naturaleza constitutiva de la inscripción de la fusión) y de lo que acontece en otros Ordenamientos Jurídicos que se han encargado de aclarar de manera expresa el carácter que tiene la inscripción del aumento del capital (3).

autorizado —art. 153.1 b) LSA—) hasta que no haya finalizado el proceso de ejecución del mismo, pudiéndose presentar a inscripción una sola escritura pública en la que se documente el acuerdo y los actos que componen la ejecución, o bien dos escrituras separadas para las menciones relativas al acuerdo y para aquellas otras relativas a su ejecución (art. 165, art. 166.5 y art. 198.5 RRM). Por el contrario, según el sistema de la doble inscripción, el acuerdo de aumento es inscribible desde el momento mismo de su adopción, siendo necesaria la posterior inscripción de la escritura de ejecución en el plazo máximo de un año desde la conclusión del período de suscripción so pena de la cancelación de la anterior inscripción del acuerdo de aumento por el Registrador (art. 162.5 LSA).

(2) Según la concepción tradicional, se habla de inscripciones constitutivas para hacer referencia a aquéllas de las que depende la propia validez o eficacia (o la perfección o existencia misma) del acto o del hecho inscribible. Por el contrario, son inscripciones declarativas aquéllas de las que no depende la existencia o perfección del acto o hecho inscribible (que será existente y válido y producirá los efectos jurídicos que le son propios si reúne los requisitos generales de validez y aquellos otros específicos según la naturaleza del acto), sino que constituyen meros instrumentos para la *oponibilidad* del acto frente a terceros, perjudicando, sólo desde entonces, al tercero de buena fe (aquél que desconocía efectivamente el acto inscrito).

Esta concepción tradicional de las inscripciones constitutivas como requisitos o elementos de perfección del acto inscribible ha sido sometida a una profunda revisión por A. PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», en *AAMN*, T. XXX, vol. 2.º, 1991, pág. 73 y sigs.; id., voz «Registro Mercantil», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1994, pág. 5729. El autor sostiene con fundamento que en ningún caso (ni tan siquiera en las denominadas inscripciones *constitutivas*) la inscripción en el Registro Mercantil es un «elemento del negocio», de manera tal que el negocio o acto inscribible existe jurídicamente ya antes y al margen de la inscripción. La inscripción en el Registro se mueve siempre y en todo caso en el terreno que le es propio: la publicidad y la *oponibilidad* de lo inscrito (y publicado) frente a los terceros. Desde este punto de vista, la única diferencia entre las denominadas inscripciones constitutivas y declarativas se sitúa en la mayor o menor amplitud de la *oponibilidad* registral. Así, la inscripción *declarativa* perjudica al tercero (que no podrá alegar desconocimiento para no quedar afectado por el acto inscrito), pero también permite que la publicidad extra-registral le perjudique también (es decir, que el tercero que efectivamente conoce el acto inscribible y no inscrito quedará igualmente afectado por él). En cambio, la inscripción *constitutiva* es aquella que «excluye la *oponibilidad* en términos absolutos», puesto que la inscripción es la única vía para que el acto inscribible perjudique a terceros, los cuales no quedarán afectados por él incluso aunque lo conocieran efectivamente por cauces ajenos al registro (vid. PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 73).

(3) Cfr., como paradigma de la inscripción de carácter estrictamente constitutivo, el § 189 de la Ley de Sociedades Anónimas alemana. Por el contrario, se decantan por otorgar a la inscripción mero carácter declarativo, el artículo 88 del Código de Socieda-

Partiendo del referido silencio legal, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión a los efectos de apreciar la legitimidad del solicitante para el nombramiento de un auditor al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y a la hora de resolver los recursos presentados contra tales expedientes, el Centro Directivo ha venido estimando reiteradamente, como ocurre en el presente caso, que la inscripción del aumento del capital tiene en ambos tipos sociales un carácter constitutivo (vid., en el mismo sentido también la RDGRN de 11 de junio de 2002, RDGRN de 6 septiembre de 2001, RDGRN de 8 de octubre de 1999, RDGRN de 27 de octubre de 1999, RDGRN de 17 de noviembre de 1999, RDGRN de 4 de abril de 1997; RDGRN de 29 de noviembre de 1996). En este sentido, la Dirección General sostiene que *para el Registrador* (que ha de decidir necesariamente sobre la base de los datos que se hallan inscritos en el propio Registro) estará legitimado para pedir el nombramiento del auditor el socio que siga representando más del 5 por 100 del capital social en el momento de la solicitud porque no se haya inscrito todavía el aumento del capital que ha producido la dilución de la posición del solicitante. Y viceversa, que no puede darse curso a la solicitud de aquél que haya alcanzado tal porcentaje a raíz de un aumento del capital social que todavía no se encuentre inscrito en el Registro Mercantil (ya que *de los datos que obran en el Registro* no se puede inferir que el sujeto solicitante tenga el porcentaje legalmente exigido para legitimar su pretensión).

Sobre la base de la doctrina sentada por la Dirección General, es forzoso subrayar que ciertamente las Leyes societarias vigentes contienen algunos preceptos conforme a los cuales poder entender que la inscripción del aumento del capital tiene carácter constitutivo (cfr. arts. 62 y 162 LSA, y arts. 28 y 78 LSRL); preceptos que han sido utilizados por algunos autores para argumentar la defensa de la tesis favorable a la naturaleza constitutiva de la referida inscripción (4). Por un lado, el artículo 62 de la Ley de Sociedades

des Comerciales portugués (que establece que para todos los efectos internos, el capital se considerará aumentado y las participaciones constituidas a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura pública), y en Francia, el artículo L. 225-146 del *Code de Commerce* en relación con el artículo 168 del *Décret n. 67-236*, de 23 de marzo de 1967, que establece que el aumento *está realizado* desde la declaración notarial de suscripción y desembolso del capital (o desde la emisión del certificado del depositario de las aportaciones), no estando subordinado a la inscripción en el Registro. En Italia el artículo 2444 del *Codice Civile* establece que en los treinta días siguientes al cierre de la suscripción del aumento, los administradores deben depositar para su inscripción en el *registro delle imprese* una declaración de que el aumento del capital ha sido ejecutado, de modo que hasta que no se practique la inscripción, «*l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società*». La doctrina más reciente se inclina a pensar decididamente que la referida inscripción no tiene carácter constitutivo, sino declarativo y que, en este sentido, es un mero requisito de *oponibilidad* frente a terceros —vid. E. GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale nelle s.p.a.*, Milano, 2001, pág. 316 y sigs., y sobre todo pág. 343 y sigs.; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, pág. 136; C. GANDINI, «Modificazioni dell'atto costitutivo nelle società di capitali» (I), *Giur. Comm.*, 1989, I, pág. 864 y sigs.

(4) Así, entienden que la inscripción del aumento del capital tiene carácter constitutivo, tanto frente a terceros como a los efectos de la adquisición de la condición de socio y del nacimiento de las acciones o participaciones, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción*

Anónimas (y, en un ejercicio de mimetismo, también el art. 28 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) establece que hasta la inscripción de la sociedad (de la que no parece dudarse su carácter constitutivo de la forma social), o hasta la inscripción del acuerdo de aumento en el Registro Mercantil, no podrán *entregarse* ni *transmitirse* las acciones o participaciones. Por otro lado, el artículo 162.3 del citado cuerpo legal (y el art. 78.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), después de obligar a la inscripción del acuerdo de aumento y de su ejecución, otorga a los suscriptores/aportantes el derecho a exigir la restitución de las aportaciones (y a resolver la obligación de aportar) cuando no se hubiere solicitado la inscripción de la ejecución del aumento después de transcurrido el plazo legal de seis meses.

Los citados preceptos no son obstáculo, sin embargo, para que la más reciente y autorizada doctrina afirme mayoritariamente que la inscripción del aumento del capital carece de eficacia constitutiva (5). De una parte, se re-

al Derecho Mercantil, 14.^a ed., Valencia, 2001, págs. 439-441, y ya antes en *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2.^o, 3.^a ed., Barcelona, 1991, pág. 764; P. YANES YANES, «Exclusión del derecho de suscripción y tutela del accionista», en *CRDBB*, núm. 1, 1995, págs. 148-149: «la adquisición de la condición de socio no depende únicamente de la perfección del negocio de suscripción de las nuevas acciones sino de la posterior inscripción registral (constitutiva) del acuerdo de aumento y de su ejecución», de modo que «al carecer la ejecución del aumento aún de reflejo registral, [...] a partir de la celebración del negocio de suscripción el tercero ostenta una suerte de derecho a la consolidación de la posición de socio, no habrá aún derechos corporativos adquiridos [...]»; R. GARCÍA LUENGO/R. SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, pág. 723.; por lo que parece, M. DE LA CÁMARA, *El capital social en la Sociedad Anónima, su aumento y disminución*, Madrid, 1996, pág. 309. Esta opinión era también la sostenida antes de la Ley vigente por J. GARRIGUES/R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.^a ed. (revisada por A. Menéndez y M. Olivencia), Madrid, 1976, pág. 290.

(5) Así, A. ROJO, «El acuerdo de aumento del capital social», en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, 1996, pág. 2341; id., «El aumento del capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en C. Paz-Ares (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 859; R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 960; y, en el mismo sentido, para la sociedad limitada, R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. L. IGLESIAS PRADA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 1184; A. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, págs. 326-328; J. MACHADO PLAZAS, «Comentario a los artículos 161 y 162», en I. ARROYO/J. M. EMBID IRUJO, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 2001, pág. 1711; y para la Sociedad Limitada, J. MACHADO PLAZAS/F. MERCADAL VIDAL, «Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital social» (Capítulo IV), en I. Arroyo/J. M. Embid Irujo (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 785; A. ÁVILA DE LA TORRE, *La modificación de estatutos en la Sociedad Anónima*, Valencia, 2001, pág. 470 y sigs.; J. C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital», en F. J. Aranguren Urriza (dir.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, t. II, Madrid, 1998, págs. 295-296; PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 75 y sigs., y en voz «Registro Mercantil», cit., pág. 5729, para quien únicamente tiene carácter constitutivo la inscripción de la constitución de la sociedad y la inscripción de la fusión (aunque, a su juicio, *de lege ferenda* habría sido conveniente reconocer el carácter constitutivo también de la inscripción del aumento y de la reducción del capital); con dudas al respecto, pero inclinándose por lo que parece por la tesis de la eficacia declarativa, M. SACRISTÁN REPRESA, «El aumento del capital social: modalidades,

cuerda que en nuestro Derecho la regla general es la del carácter declarativo de las inscripciones registrales, salvo que el legislador, en un acto de decisión de política legislativa, exceptúe dicha regla general (6). De este modo, se entiende que *en el plano interno* (relación socios-sociedad) el aumento produce los efectos que le son propios, bien desde que el acuerdo ha sido ejecutado —es decir, desde que los administradores constatan la suscripción y el desembolso y declaran elevado el valor nominal de las antiguas acciones o adjudican las nuevas acciones a los suscriptores— (7), o bien desde que se otorga la escritura pública que documenta la ejecución del aumento (8). De otra parte,

requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias», en A. Alonso Ureba y otros (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1994, págs. 290-292. Una tesis ecléctica es la que mantiene R. CABANAS TREJO, «La suscripción incompleta del aumento del capital», en *RDM*, 1990, pág. 789 y sigs. (y, más recientemente, en R. CABANAS TREJO/J. MACHADO PLAZAS, *Aumento del capital y desembolso anticipado*, Madrid, 1995, pág. 140, aunque cfr. pág. 97, en la que los autores se decantan con claridad por la defensa del carácter declarativo), para quien, aunque antes de la inscripción el aumento es válido y eficaz y obliga tanto a la sociedad como a los suscriptores, «de acción entendida como posición jurídica del socio en la sociedad, comprensiva de la partición en el capital social y del conjunto de derechos que confiere la condición de socio, sólo puede hablarse una vez practicada la inscripción, [...] por lo que el socio difícilmente puede legitimarse para el ejercicio de los derechos de socio» (*La suscripción incompleta*, cit., pág. 792). Con todo, el autor considera que esto no obsta para que el suscriptor tenga ya antes de la inscripción un interés digno de tutela (la titularidad de unos «eventuales» derechos de socio) que la sociedad no puede desconocer (*últ. op. cit.*, págs. 793-795).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las escasas sentencias habidas sobre el tema, se ha decantado también por el carácter declarativo de la inscripción del aumento en el Registro Mercantil, cuya ausencia no impide que el aumento sea eficaz en las relaciones internas entre la sociedad y los socios (vid. así, la conocida STS de 27 de marzo de 1984, con nota favorable de E. GALÁN CORONA, en *CCJC*, abril-agosto de 1984, pág. 1549 y sigs.; también, sobre la base del precedente artículo 24 del Código de Comercio, STS de 29 de septiembre de 1993, Ar. RJ. 6658). Más recientemente, en STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. RJ 2420), al hilo, precisamente, de un caso de solicitud de restitución de las aportaciones por falta de inscripción del aumento en el Registro Mercantil en virtud de lo dispuesto por el artículo 162.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Alto Tribunal ha estimado que los solicitantes no van contra sus propios actos mientras no recaiga sentencia favorable a la restitución —y con independencia de los efectos retroactivos de ésta— siguen actuando y defendiendo sus intereses en la sociedad, lo que implícitamente supone reconocer la posibilidad del ejercicio frente a la sociedad de la posición de socio adquirida con la ejecución del aumento ya antes de que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil.

(6) PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 74-75, quien afirma que «como el carácter constitutivo deriva, en última instancia, de la decisión del legislador, es inútil plantearse si tiene o no ese carácter la inscripción de otros actos». Así, cuando se discute sobre la naturaleza de la inscripción de algunos actos sobre los que el legislador no se pronuncia, «en realidad sólo cabe plantear si sería conveniente o fundado reconocer, de *lege ferenda*, el carácter constitutivo a determinados actos» (*últ. op. cit.*, pág. 75).

(7) ROJO, *El acuerdo de aumento*, cit., pág. 2341; id., *El aumento del capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 859; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital*, cit., págs. 295-296.

(8) Así, al menos en relación con la Sociedad de Responsabilidad Limitada, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 327.

se critica que la Ley equipare sin los matices necesarios el proceso de fundación o constitución de la sociedad y el proceso de aumento del capital, aplicando la misma regla para la *entrega y transmisión* de las acciones (art. 62 LSA y art. 28 LSRL); regla cuya justificación es muy dudosa, al menos, en lo que se refiere al aumento del capital (9). Y, en fin, junto a tales argumentos se destaca la existencia de otros preceptos legales de los que se deduce que la Ley exige que la escritura pública que documente la ejecución del aumento exprese que la titularidad de los adjudicatarios de las nuevas participaciones se ha hecho constar en el Libro Registro de Socios (art. 78.1 LSRL), de modo que, por virtud de la constancia en el referido Libro Registro, éstos se encuentran ya legitimados frente a la sociedad antes de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil (arg. ex art. 27 LSRL) (10).

A nuestro juicio, y a pesar de las dudas que todavía puedan persistir derivadas de la letra de algunos preceptos de la Ley, los argumentos esgrimidos por la referida doctrina mayoritaria tienen fuerza suficiente para defender que, en el Derecho español, la inscripción del aumento del capital social de las Sociedades Anónimas y de las Sociedades de Responsabilidad Limitada tiene naturaleza declarativa. Ello significa, simplemente, que el aumento del capital y sus consecuencias no podrán ser oponibles frente a los terceros de buena fe hasta la inscripción en el Registro Mercantil. Pero, frente a la sociedad, la falta de inscripción no impide que los suscriptores o aportantes se encuentren legitimados para ejercitar los derechos que les confiere la posición jurídica adquirida a raíz de su participación en el aumento del capital. En este punto conviene no olvidar que la opción por el carácter constitutivo de las inscripciones registrales tiene su principal fundamento en la mayor o menor relevancia que pueda tener para los terceros el acto inscribible, de modo que dicho carácter constitutivo tiene una función protectora de los intereses de estos terceros —siempre que sean de buena fe— *en no verse perjudicados en absoluto* por circunstancias sujetas a inscripción pero todavía no inscritas (11). A nuestro modo de ver, al optar en favor del carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción del aumento del capital no se perjudican los potenciales intereses de los terceros, sino más bien al contrario, se aumenta su protección, en especial en lo que se refiere a los intereses de los acreedores sociales (12). El aumento del capital no inscrito no podrá perjudicar a los terceros de buena fe, pero los terceros podrán invocar, ya

(9) PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 328; URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS PRADA, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 1185.

(10) Vid., sobre todo, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., pág. 327, con ulteriores argumentos basados en el artículo 30.4 de la Ley de limitadas; en el mismo sentido, URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS PRADA, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 1185; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital*, cit., págs. 295-296.

(11) PAU PEDRÓN, *La publicidad registral de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 75. Por eso, a su juicio (por entero compartible), está fundada la opción del legislador en otorgar carácter constitutivo a la constitución de la Sociedad Anónima, a la fusión, y a la delegación de facultades generales, porque afectan a la esencia de toda relación de un sujeto con terceros: la responsabilidad y la representación.

(12) En similar sentido, ÁVILA DE LA TORRE, *La modificación de estatutos*, cit., pág. 476.

antes de la inscripción, la existencia del aumento acordado y ejecutado en su propio beneficio (13). Así, los acreedores sociales podrán alegar la existencia de un aumento del capital ya ejecutado (suscrito y desembolsado) como garantía de pago de sus créditos o como representativo de nuevos elementos patrimoniales susceptibles de embargo (14).

Por todas estas razones, y para concluir, creemos que probablemente la Dirección General ha resuelto correctamente el recurso planteado cuando puntualiza en su argumentación que *para el Registro* el socio solicitante del nombramiento del auditor seguía siendo titular de más del 5 por 100 del capital social en el momento de la solicitud, dado que el aumento del capital que había disminuido su cuota de participación no había sido todavía presentado a inscripción en ese momento. En efecto, el Registrador Mercantil ha de poder resolver con arreglo a los simples datos que obran en el Registro, sin verse obligado a indagar sobre aquellas situaciones fácticas que no coincidan con la realidad registral. Ahora bien, otra cosa diferente es que de ello se quiera extraer una conclusión que tiene implicaciones de más hondo calado que el meramente registral, como es la del absoluto y riguroso carácter constitutivo de la referida inscripción de las ampliaciones de capital, que más allá de la falta de eficacia del aumento frente a los terceros, impide incluso que en las relaciones internas una persona que ha suscrito las nuevas acciones y que ha desembolsado su importe en los términos exigidos pueda ejercer frente a la sociedad cualquier derecho de socio.

M.^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

I.3. Urbanismo

Por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

INSCRIPCIÓN DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA SIN LICENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La indudable revolución que el Derecho Urbanístico ha experimentado en los últimos tiempos ha tenido una inevitable y trascendental repercusión en la legislación hipotecaria.

(13) Vid. sobre la trascendental diferencia entre *oponibilidad* e *invocabilidad* de los actos sujetos a inscripción, PAU PEDRÓN, Voz «Registro Mercantil», pág. 5730.

(14) Así, incluso para aquéllos que todavía defienden el carácter constitutivo de la inscripción del aumento del capital, no es dudoso que las aportaciones realizadas por los suscriptores han pasado ya a la titularidad de la sociedad (según la doctrina del *título* y el *modo* del art. 609 del Código Civil), integrándose en los fondos propios de la sociedad ya antes de la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil (VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., pág. 440).

Esta influencia se pone de manifiesto en muy diversas materias, entre las cuales se encuentra la declaración de obra nueva. Especialmente interesante resulta la evolución del tratamiento que la Dirección General brinda a las edificaciones efectuadas sin haberse obtenido previamente la preceptiva licencia municipal, evolución que discurre de manera paralela a los cambios legislativos que se han ido sucediendo desde la reforma de 1990.

Pues bien, el objeto de este comentario está constituido no por la doctrina vertida en una o varias Resoluciones, sino, en términos muy generales, por la trayectoria que ha trazado la doctrina del Centro Directivo a la hora de decidir sobre el acceso al Registro de tales construcciones.

Con el fin de poder apreciar en su conjunto el criterio adoptado en cada momento por la Dirección General en sus Resoluciones en torno a las referidas edificaciones, resulta necesario ubicarlas dentro de su respectivo contexto normativo, por lo que consideramos conveniente que su estudio se haga siguiendo la evolución legislativa de la que aquellos criterios constituyen reflejo.

II. EL RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY 8/1990

Con anterioridad a la Ley 8/1990, la legislación urbanística no había exigido ningún requisito especial para las declaraciones de obra nueva, por lo que el régimen de adquisición del dominio sobre lo edificado venía determinado por las normas generales de los artículos 353 y siguientes del Código Civil, que consagran el principio de accesión, en cuya virtud el dueño del suelo adquiere por este solo título lo que se construye en él.

Desde el punto de vista registral, la regulación de su inscripción estaba exclusivamente contenida en los pocos expresivos artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, que se limitaban básicamente a exigir la descripción de la obra consignada en escritura pública.

Por esta razón, el criterio tradicional seguido por la Dirección General en esta materia es el que recoge la Resolución de 16 de noviembre de 1981, que no considera necesario para la inscripción de obra nueva acreditar el otorgamiento de la licencia municipal, al no venir exigido este requisito por la legislación hipotecaria y no corresponder al notario ni al registrador velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística.

III. LA LEY 8/1990 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992

A) *Innovaciones más destacadas de la reforma*

El panorama anterior se vio alterado por la reforma de la legislación del suelo operada por la Ley 8/1990, que dio lugar al Texto Refundido de 1992, instaurando un novedoso sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas a favor del propietario del suelo, adquisición que se iba produciendo a medida que se cumplían los deberes impuestos por dicha legislación.

Una de esas facultades que van integrando el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria es el llamado «derecho a la edificación», al que se refiere el artículo 25.1.º de la Ley de 1990 y cuyo contenido fue reiterado después por el artículo 37.1.º del TR 92. Su redacción era la siguiente: «el

derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística».

Respecto de las edificaciones concluidas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, su Disposición Transitoria 6.^a estableció que quedarían incorporadas al patrimonio del titular siempre que estuvieran realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o, en otro caso, no procediera respecto de ellas dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. Esta norma fue reiterada por la Disposición Transitoria 5.^a del Texto Refundido de 1992. Después volveremos sobre este punto.

Desde el punto de vista notarial e hipotecario, el artículo 25.2.º de la Ley de Reforma y después el 37.2.º del TR, exigieron como presupuesto necesario para la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva acreditar la previa obtención de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado o, si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo la licencia (1).

B) *Su influencia sobre el régimen civil de la accesión*

Esta nueva concepción de la propiedad urbana motivó una división de la doctrina científica en orden a determinar la incidencia de la legislación urbanística sobre el contenido civil del dominio, dando lugar a dos grandes teorías que se esbozan a continuación:

— En primer lugar, un importante sector doctrinal consideró derogado en este aspecto el principio de accesión recogido por el Código Civil, al entender que la construcción ya no se adquiría por el dueño del suelo de manera automática, sino como consecuencia directa de la obtención de la licencia, que se erigiría así en título atributivo de lo construido. Así resultaría de la dicción del artículo 25.1.º de la Ley 8/1990, antes transcrito.

La consecuencia natural de esta tesis, en lo que a las obras realizadas sin licencia se refiere, sería entender que no pertenecen al propietario del suelo, al menos mientras la Administración pueda restablecer la legalidad urbanística infringida. Esta concepción plantea el problema de determinar cuál es el régimen jurídico de tales obras en el ínterin (2).

— Por el contrario, son muchos los autores que sostienen que la reforma legislativa de 1990-92 no afectó al régimen civil de la accesión. Según esta corriente doctrinal, las distintas facultades que contempla dicha reforma, entre las que se encuentra el «derecho a la edificación», únicamente conforman el «contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria», como literalmente decía el artículo 23 del TR 92, hoy derogado, que además tenía como título «facultades urbanísticas de la propiedad». Pero ese contenido urbanístico del

(1) La inclusión de esta norma en el mismo artículo dedicado a la adquisición del derecho a la edificación fue objeto de duras críticas por la doctrina por considerar que uno y otro apartados contemplaban realidades distintas.

(2) Se ha ocupado del tema FUERTES, M., *Urbanismo y publicidad registral*, Marcial Pons, 1995, pág. 121.

dominio, primordialmente económico, no resulta incompatible con su contenido civil (3).

Así pues, los requisitos de la licencia y la certificación que impone la legislación del suelo para que puedan autorizarse e inscribirse las escrituras de declaración de obra nueva no serían sino medidas para garantizar el control de la legalidad urbanística en un acto de naturaleza civil, pero ello no supone en modo alguno que hasta entonces no se haya producido la adquisición por accesión de la edificación por parte del dueño del suelo. Sencillamente, el Urbanismo se sirve de las instituciones notarial y registral para impulsar el cumplimiento de sus propios fines.

La DGRN parece apoyar la primera de las teorías expuestas, al menos en principio, en la Resolución de 4 de febrero de 1992, que, tras recordar que la norma contenida en el artículo 25 de la Ley de Reforma (después en el 37 del TRLS) contempla las declaraciones de obras nuevas realizadas bajo el nuevo régimen urbanístico, añade que «efectivamente, por cuanto se proclama la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria y se exige la oportuna licencia ajustada a la realidad urbanística para la incorporación al patrimonio del titular de las nuevas edificaciones realizadas, adquiere pleno significado la subordinación de la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto aprobado. Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior que, por efecto del juego automático del instituto civil de la accesión, a medida que se realizaron pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo (si bien, si la edificación se hacía con infracciones urbanísticas, podía haber lugar a medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística y entre ellas a la demolición de lo edificado), no es el artículo 25 el que resulta aplicable para regular su acceso al Registro, sino la Disposición Transitoria 6.^a» de la Ley de 1990, referencias que se extienden respectivamente al artículo 37.2.º y a la Disposición Transitoria 5.^a del TR del 92 (4).

Por el contrario, la Resolución de 21 de febrero de 1995 favorece, en cierta medida, la segunda de las teorías expuestas en cuanto que distingue claramente entre el aspecto civil, el urbanístico y el registral de la declaración de obra nueva, partiendo de que se trata de puntos de vista diferentes sobre una misma realidad (la edificación) y son compatibles entre sí.

Por nuestra parte, consideramos que el principio *superficies solo cedit* no debe entenderse alterado por la reforma urbanística. Una institución clásica y de tanto arraigo en nuestro Derecho positivo como es la accesión en

(3) La propia Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 señalaba que «esta Ley determina el contenido ECONÓMICO del Derecho (de Propiedad), valorando a efectos expropiatorios las diferentes facultades que lo integran según su grado de adquisición».

(4) Comentando esta Resolución, ARNAIZ EGUREN (*Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, 1995, pág. 571) afirma que la LS no ha modificado el Código Civil, «aunque el Centro Directivo haya vertido alguna frase no excesivamente clarificadora en la Resolución que se cita. La realidad es que el dominio clásico sobre la obra levantada en régimen de ilicitud no es discutible. Otra cosa será la utilidad económica de una propiedad amenazada de expropiación a precio predeterminado o de derribo, como consecuencia fundamental del texto urbanístico, ya de por sí suficientemente perturbadora del dominio».

bienes inmuebles, bien merecería que, si en el momento de acometerse un cambio legislativo se estimara procedente su derogación, ésta se hiciera de manera expresa, modificando el Código Civil en la medida necesaria, sin que quepa considerarla suprimida en virtud de una mera interpretación subjetiva de una Ley dictada para regular la edificación con una perspectiva diferente y especial.

En consecuencia, no podemos compartir esa interpretación, que gira esencialmente en torno al artículo 25.1.º de la Ley de 1990. Repárese en que el precepto establece los requisitos para la incorporación de una edificación al patrimonio de su titular; parte, pues, del presupuesto de que el dueño del suelo ya es titular (civil) de aquélla. Por eso, la expresión «incorporación al patrimonio» debe entenderse desde una perspectiva exclusivamente urbanística e independiente del contenido civil del dominio (5).

A nuestro juicio, el modo de pronunciarse la citada Resolución de 4 de febrero de 1992 incurre en la misma ambigüedad que la Ley de 1990, al no separar adecuadamente el régimen de adquisición del dominio y las exigencias propias de la disciplina urbanística. Por ello, el criterio interpretativo que propugnamos sobre la Ley debe ser el mismo que presida la lectura de aquella Resolución.

C) *La problemática de Derecho Transitorio*

La cuestión relativa al régimen transitorio de la nueva legislación fue una de las cuestiones más discutidas por la doctrina, sobre todo a raíz de la supresión, por la dudosa vía de la corrección de errores, de la Disposición Transitoria 8.^a que contenía la publicación inicial de la Ley 8/1990. Esta Disposición se refería expresamente a la aplicación intertemporal del apartado 2.º del artículo 25 de dicha Ley (6).

Ante el vacío dejado por esa supresión, cabía plantearse la posibilidad de aplicar la Disposición Transitoria 6.^a de la Ley de 1990 (reiterada por la 5.^a del TR 92, que ha sido declarada subsistente en este punto por la vigente Ley del Suelo de 1998), a cuyo contenido ya hicimos referencia más arriba.

Realmente, el ámbito propio de esta Disposición Transitoria (a diferencia de la malograda Transitoria 8.^a) no es el apartado 2.º, sino el 1.º del artículo 25. Es decir, no se refiere, al menos de manera directa, al régimen transitorio de la inscripción de obra nueva, sino a la adquisición del «derecho a la edificación».

(5) Resultan muy interesantes las interpretaciones que de la expresión «incorporación al patrimonio» hacen algunos autores. En este sentido cabe citar a ARNÁIZ EGUREN, R., en su obra *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, 1995 (pág. 570); CAMY SÁNCHEZ CANETE, B., «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en *RCDI*, 604 (pág. 953); LASO MARTÍNEZ, J. L., «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, 601 (pág. 541); PRETEL SERRANO, J. J., «La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *RCDI*, 607 (pág. 2212).

(6) Según dicha D.T. 8.^a, «la disposición contenida en el artículo 25.2.º no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley».

No obstante, la Dirección General optó por aplicar sus criterios a la inscripción de las declaraciones de obra nueva en numerosas Resoluciones, como las de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993, 4 de marzo de 1996, 1 de diciembre de 1998 y 3 de octubre de 2002, entre otras. En ellas se apuntan los requisitos necesarios para la inscripción de una escritura otorgada después de la entrada en vigor de la Ley de Reforma, pero referida a una obra concluida con anterioridad a ella: «Una vez que se acredite suficientemente (...) que a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 preexistía la edificación (...), debe bastar con justificar alternativamente: a) Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable. b) Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (...). El extremo b) requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años, siempre que no conste en el Registro de la Propiedad la incoación del expediente de disciplina urbanística» (7).

Análogamente, la Resolución de 21 de octubre de 2000, tras exponer el contenido de la Disposición Transitoria 5.ª, la contempla *a contrario sensu* concluyendo que «cuando no resulte claramente del título la inexistencia de obstáculos administrativos unido a la ausencia de asiento en que se consigne la iniciación de expediente por infracción, no será posible proceder a la inscripción de la declaración de obra nueva, por cuanto su constancia podría suponer la protección de una edificación incompatible con el planeamiento».

Por otro lado, resulta llamativo el contraste existente entre este criterio y el que acogía la suprimida Disposición Transitoria 8.ª de la Ley de Reforma, ya que en la solución adoptada por las Resoluciones citadas no se exige, en nuestra opinión, que el plazo de cuatro años haya transcurrido íntegramente antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Dicho de otro modo, el momento en que la edificación ha de tener una antigüedad no inferior a cuatro años no es el de la entrada en vigor, sino la fecha del otorgamiento de la escritura.

Entendiéndolo así, la Resolución de 3 de octubre de 2002 afirma que «es principio de nuestro Derecho, consagrado en el Código Civil (art. 2.3), que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Por ello, acreditado mediante documentos oficiales que la construcción se terminó antes de la vigencia de la Ley del Suelo de 1990, no puede exigirse que se cumplan determinados requisitos impuestos por ésta y que no venían exigidos cuando se realizó la construcción, siendo así que del examen del articulado de la citada Ley 8/1990 (cfr. Resolución de 4 de febrero de 1992), se desprende que dicha norma (el art. 25.2.º) se refiere a las edificaciones construidas después de su entrada en vigor».

En todo caso, la referencia a aquel plazo ha de entenderse hecha al que establezca la legislación autonómica aplicable.

En otro orden de cosas, resulta razonable que, a pesar de que la citada Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de 1990 (5.ª del TR 92) se refiere expresamente sólo a las edificaciones construidas sobre suelo urbano o urbanizable, la Resolución de 3 de noviembre de 1995 la considere aplicable a las realizadas en

(7) La referencia al plazo de cuatro años debe entenderse hecha, en su caso, al plazo establecido por la legislación autonómica aplicable para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Las Resoluciones de 9 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1996, 21 de octubre de 2000 y 13 de junio de 2002, se refieren al modo de acreditar la antigüedad de la obra en estos casos.

suelo no urbanizable no protegido, por ser el mismo el régimen de restablecimiento de la legalidad urbanística para unas y otras. De igual modo, la Resolución de 21 de octubre de 2000, afirma que «no cabe oponer que la edificación se haya realizado sobre suelo no edificable, en cuanto, a salvo la legislación especial para usos no urbanísticos protegidos o agrarios, regulados en la legislación autonómica, el tenor de las Disposiciones Transitorias expresadas es aplicable a cualquier tipo de suelo susceptible de usos edificatorios».

IV. EL PANORAMA ACTUAL: EL REAL DECRETO 1093/1997 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, fue promulgado durante la vigencia del TR 92.

Son varias las importantes novedades introducidas por este Real Decreto que conviene citar aquí:

A) En primer lugar, vigente el sistema de adquisición gradual de facultades instaurado por la Ley 8/1990, el Real Decreto de 1997 se atrevió a pronunciarse sobre la problemática antes expuesta en torno a la incidencia de aquel sistema sobre el régimen de accesión del Código Civil, decantándose por una de las dos posibles soluciones, en el sentido de no considerar afectado dicho régimen por la nueva normativa urbanística. Así se desprende sin duda de su artículo 45, primero del Capítulo VI, dedicado a la inscripción de las obras nuevas (8). La posterior Ley del Suelo, de 13 de abril de 1998, zanjaría para lo sucesivo la cuestión, al suprimir aquel artificioso sistema de adquisición de facultades que constituyó el origen de aquel debate.

Ello no es obstáculo, como vimos, para que la citada LS de 1998 recogiera en el artículo 22 la misma regla que la Ley de 1990 en su artículo 25.2.º y el TR en el 37.2.º respecto del modo de proceder de los notarios y registradores en esta materia. Pero ya no se relaciona directamente esta regla de Disciplina Urbanística con el régimen de adquisición de la edificación.

B) Por otra parte, el artículo 52 del Real Decreto de 1997 (complementado por el 54) contempla la posibilidad de inscribir las declaraciones de obra nueva sin licencia por el transcurso del plazo de que dispone la Administración para reaccionar frente a la infracción cometida, siempre que concurran los requisitos que en él se expresan (9). La norma se extiende a toda clase de

(8) Dicho artículo establece en su primer inciso que «los edificios o mejoras de los mismos que POR ACCESIÓN se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria».

(9) Tales requisitos son: «a) que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título; b) que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, y c) que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

suelo en los mismos términos que hemos visto en relación con el régimen transitorio del TR 92, según reconoce la Resolución de 24 de julio de 2001.

Las dos cuestiones básicas que suscita este precepto, íntimamente interrelacionadas, son: por un lado, la relativa a su ámbito de aplicación objetivo, esto es, la determinación de cuáles son las obras a que se refiere y, por otro, si esta norma reglamentaria tiene o no cobertura legal suficiente para impedir que se pueda hablar de extralimitación.

Existen tendencias tanto a favor como en contra de su conformidad con la Ley (10). Por su parte, GARCÍA MÁS matiza que «este artículo 52 está haciendo referencia directa a la Disposición Transitoria 5.^a de la Ley del 92, antes 6.^a de la Ley de Reforma, pues en otro caso pensamos que sería una extralimitación *contra lege* del Real Decreto» (11).

La Dirección General no parece compartir esta restricción del ámbito del artículo 52 del Real Decreto 97 pues, si bien la Resolución de 24 de julio de 2001 lo aplica a un caso en que se estima acreditado que la obra fue terminada antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990, en las de 13 de junio de 2002 y 28 de abril de 2003 deniega su aplicación, pero no por el hecho de ser la obra posterior a dicha Ley, sino por la falta de idoneidad de los documentos presentados para acreditar la antigüedad de la misma.

En definitiva, parece que la Dirección no pone en duda la licitud de este precepto reglamentario y que lo considera aplicable hasta sus últimas consecuencias.

Nosotros no encontramos reproche alguno a esta amplia consideración de la norma pues, una vez transcurrido el plazo establecido por la legislación aplicable para que la Administración pueda reaccionar frente a la edificación construida sin haber obtenido la licencia correspondiente, se desvanecen las trabas (de índole urbanística) que podrían obstaculizar el normal ejercicio civil o privado del derecho de propiedad sobre el suelo, que se extiende por accesión a aquélla. Desaparece así el obstáculo en el que la Dirección General pone toda su atención para decidir sobre el acceso al Registro de tales edificaciones, consistente en que no resulte acreditada «la inexistencia de obstáculos administrativos».

Esta circunstancia, unida a la equiparación que hace la legislación del suelo entre las edificaciones realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable y aquéllas respecto de las cuales no procede ya dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (DT 6.^a TR 92), debe llevarnos sin dificultades a la conclusión de que la regla del artículo 52 del Real Decreto de 1997 es respetuosa con el principio de jerarquía normativa, al tener un claro apoyo en la Ley, siquiera sea por la vía deductiva.

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

(10) A favor se manifiesta abiertamente GARCÍA GARCÍA, J. M., «*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*», Tomo V, Civitas, 1999, págs. 503 y sigs. En cambio, cuestionan seriamente su legalidad CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 265, pág. 1263, y LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Apuntes de "Jurisprudencia registral"», en *RDU*, núm. 189, pág. 336.

(11) GARCÍA MÁS, F. J., «Urbanismo: comentarios al Real Decreto 1093/1997 (...)», en *RCDI*, núm. 645, pág. 336.

II. SENTENCIAS

I.1. Civil

Parte General

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

DERECHO AL HONOR. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—El reportaje objeto del procedimiento fue publicado por la revista «Interviu» en su edición del 6 al 12 de junio de 1989. Primero se interpuso querrela criminal el 16 de octubre de 1989, por calumnia propagada por escrito y con publicidad, posteriormente se desistió de la querrela y se archivaron las actuaciones. Con fecha 28 de febrero de 1994 se interpuso demanda civil de protección al honor.

Doctrina.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica que escapa del instituto de la prescripción, ha previsto de propósito la caducidad, según lo revela el debate parlamentario y establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Comentario.—La doctrina jurisprudencial analizada no asume una respuesta concluyente en relación con la caducidad, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto. Si analizamos el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, puede observarse cómo recoge la posibilidad del derecho a elegir la vía judicial considerada más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos (art. 24-1 CE). De esta manera el *dies a quo* para el cómputo de los cuatro años de caducidad se iniciaría precisamente en un instante próximo al ejercicio de la referida opción.

Pero además, es doctrina jurisprudencial reiterada que la posibilidad de ejercicio de la acción de protección del honor puede caducar, sin que pueda hablarse de interrupción de dicho plazo, por el ejercicio de una acción penal

que por los mismos hechos efectuó dicha parte. Y ello porque la acción civil de protección del honor se puede ejercitar en cualquier momento dentro de un período hábil, sin estar sujeta para nada a las vicisitudes de un juicio penal sobre los hechos en cuestión.

DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN. QUANTUM INDEMNIZATORIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Doctrina.—El *quantum indemnizatorio* no es objeto de casación. Pero sí lo es la base jurídica que da lugar al mismo.

Comentario.—Es doctrina reiterada que la valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella.

Se trata de la aplicación o interpretación del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y se refiere al *quantum* de la indemnización. Es la jurisprudencia la encargada de establecer cuáles deben ser los parámetros reales para establecer dicho *quantum*. Así, en la sentencia objeto de comentario se concreta, en primer lugar, la importancia de la existencia de datos objetivos que pueden establecer el referido *quantum*. Al no existir se atiende a la trascendencia de las fotos atentatorias de la intimidad y la imagen del sujeto, a la capacidad económica del perjudicado, a la situación de las personas en un lugar público y su difusión por una persona desconocida.

DERECHO AL HONOR. LAS EXPRESIONES VEJATORIAS ATENTAN AL HONOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ENERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Doctrina.—El honor debe estimarse en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción (inmanencia) como en el aspecto externo de valoración social (trascendencia), y sin caer en la tendencia que proclama la minusvaloración actual del derecho a la personalidad.

Comentario.—Según viene haciendo la jurisprudencia, debe estudiarse el marco en el que se produce la expresión que ha de estimarse como injuriosa. En el caso objeto de autos, las expresiones implican una desvalorización de la actividad profesional del actor, y no una simple crítica o falta de reconocimiento de la misma.

En este terreno el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado. La sentencia 76/95, de 22 de mayo, declara que aunque cualquier crítica de la actividad profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, hay que ponderar la libertad ejercida, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido.

De esta manera está claro la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o deformación de la opinión, suponen un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución Española no reconoce un pretendido derecho al insulto.

DERECHO AL HONOR. INFORMACIÓN INVERAZ ATENTATORIA CONTRA EL DERECHO AL HONOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—Supuesto de titular periodístico inveraz y sensacionalista.

Doctrina.—La veracidad afecta al derecho al honor y si exige en el informante la obligación de veracidad de tal información, con mayor razón ha de reputarse cuando ello significa un invento realizado por el cronista y así cuando se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, como acontece en este caso, el deber de diligencia debe ser exigido y requerido con todo rigor.

Comentario.—La libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona identificada con nombre y apellidos, o de otra forma que no deje lugar a dudas, de hechos, que le hagan desmerecer del público aprecio y respeto, reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que la libertad de información descansa en la publicación de hecho noticiables y veraces, además de ser públicamente relevantes y de interés general. Cuando ese derecho pugna con el derecho de las personas a su honor, debe sin duda, primar, pues se trata de un bien de mayor estima desde la valoración de la propia persona, y desde la consideración mostrada por los demás en orden a la dignidad ganada por el propio sujeto.

Derecho al honor que siempre debe primar sobre el derecho a la información sobre todo si a éste le faltan los requisitos o se le incorporan subjetivamente datos que lo transforman en una expresión o en una mera opinión sin base.

Otro punto interesante a destacar es que la información transmitida debe ser veraz, lo cual no significa que se exija una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino que se debe privar de esa protección o garantía a quienes actúen en menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Lo cual, a su vez, da lugar al fraude en el derecho de todos a recibir información veraz.

La exigencia señalada implica que el informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1.d) CE, debe comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Si aún observando dicha exigencia, la información resulta inexacta o errónea, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional

que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea puesta en duda.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Obligaciones

POR ISABEL MORATILLA GALÁN

RESOLUCIÓN DE CONTRATO. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. LA JURISDICCIÓN DEL ORDEN CIVIL NO PUEDE REVISAR LOS ACTOS DE OTRA JURISDICCIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Antecedentes.—La cuestión litigiosa se centra en la resolución de un contrato de venta a plazos de bienes muebles.

Doctrina.—La sentencia impugnada incurre en incongruencia *extra petitum* al privar de eficacia a la subasta pública judicial válidamente celebrada en un órgano judicial del orden social sin que fuera solicitada en la demanda y sin haberse debatido su validez en el juicio.

Comentario.—En modo alguno puede la jurisdicción en la que nos encontramos revisar los actos de otra, y, por otro lado, si en la práctica de los trámites y formalidades procesales pudo existir algún vicio que los invalide, el conocimiento y la sanción que, en su caso, pueda corresponder, pertenece a la competencia del Tribunal y de la Jurisdicción que ordena su práctica y preside su realización, pero en ningún caso a los Tribunales del orden jurisdiccional civil.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA EJERCITADA UNA VEZ TERMINADO EL PROCEDIMIENTO ANTERIOR SOBRE RESOLUCIÓN DEL MISMO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—Doña María Soledad y doña María Iciar Azcune Alsa compraron mediante documento privado de 15 de mayo de 1987 a don José María Zabala Sarasola, la vivienda en él descrita con precio que en parte quedó aplazado y que debía satisfacerse de la manera por ellos estipulada y en un plazo también por ellos fijado. Las compradoras entregaron a la firma del documento la cantidad prefijada y pactaron una multa por incumplimiento a partir de la finalización del plazo de noventa días. El día 12 de octubre de 1987, las compradoras requirieron notarialmente al vendedor de resolución,

alegando un conjunto de incumplimientos que a él imputaban. Él mismo, contestando al requerimiento, requirió notarialmente a las vendedoras con fecha 18 de octubre de ese mismo año de cumplimiento, con advertencia de que de no hacerse el pago en plazo de quince días, el requirente instaría cuantas acciones judiciales asistiesen a su derecho para exigir prioritariamente el cumplimiento de su obligación y, si éste deviniese imposible, la resolución con resarcimiento de daños y abono de intereses. Las vendedoras demandaron al vendedor por los trámites de menor cuantía, dando origen al juicio declarativo de menor cuantía terminando en sentencia y seguidamente de esta sentencia las compradoras vuelven a demandar al vendedor por los trámites del juicio de menor cuantía el día 11 de abril de 1992, dando origen al procedimiento de donde dimana este recurso, pues sustancialmente solicitaban el cumplimiento del contrato de compraventa para responder del cumplimiento de sus obligaciones.

Doctrina.— No es admisible la alegación de cosa juzgada. En el primer procedimiento las actoras pretendían la resolución del contrato por presuntos incumplimientos del vendedor, y en el segundo, de acuerdo con la sentencia firme recaída en aquél, su cumplimiento, a la vez que cumplían sus obligaciones.

Comentario.—No es admisible la negación de la acción para exigir el cumplimiento a las actoras porque antes pidieron la resolución, y es que la imposibilidad de cambio de acción por prohibirlo el artículo 1124 del Código Civil, se refiere al mismo pleito, no cuando hay —como en la presente litis—, dos procedimientos consecutivos, dependiendo estrictamente el segundo del resultado del primero. Las compradoras, al plantear la demanda exigiendo el cumplimiento, realmente lo que pretenden es dar eficacia a dicha sentencia que declara vigente el contrato de compraventa que en su día pretendieron resolver y a cuya resolución se opuso precisamente el que aquí se alega. En realidad, las actoras carecían de acción para exigir el cumplimiento del contrato, pues por su parte lo habían incumplido, como declaró la sentencia firme recaída en el procedimiento y tampoco es cumplimiento la consignación, no del precio que quedaba por pagar a las mismas, sino la aportación de un aval bancario por esa cantidad, por lo que todo se mueve haciendo omisión al tema de la falta de acción de las actoras para ejercitar la acción de cumplimiento aplicando la doctrina jurisprudencial sentada a propósito de la resolución del contrato, declarando la sentencia recurrida el incumplimiento de las actoras por el aval bancario que prestaron al iniciar el procedimiento y ello porque el aval bancario puede sustituir a la consignación de dinero efectivo.

TERCERÍA. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE TERCERÍA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Doctrina.—La jurisprudencia de la Sala, a propósito de las tercerías de mejor derecho, afirma que es un proceso intercalado dentro del juicio ejecutivo, pues al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o

por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la concesión de una decisión judicial que, conectada con el trámite principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es el de mejor derecho, pretende la orden de reintegrar el crédito al actor tercerista con preferencia, si se estima la acción, al del ejecutante, y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado.

Comentario.—La tercería no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y así consecuentemente no puede compartirse la tesis que sostiene la sentencia de instancia sobre la innecesariedad de demandar a todos los ejecutados mediante una artificiosa distinción entre relación jurídica obligacional y terceros ajenos a ella, pues ello contradice la naturaleza incidental de la tercería y el mandato expreso del artículo 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, con toda claridad, expresa quiénes son partes demandadas necesarias en juicio de tercería.

ARRENDAMIENTO. ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Por la entidad mercantil «Plan de Imagen, Cine y Vídeo, S. L.», se formula demanda contra «Antena 3 de Televisión, S. A.», en relación con el contrato de arrendamiento de obra celebrado por ambas compañías el 25 de febrero de 1992, por que la primera se comprometía a producir para la segunda el programa denominado «Plis-Plas» para la emisión de un primer bloque de trece episodios, renovables por otros trece, producidos con arreglo al sistema entonces novedoso denominado en términos profesionales «bartering estratégico», que se caracteriza porque los mensajes publicitarios de anunciantes se integran de forma sustantiva, condicionando los contenidos del programa y la propia elaboración de elementos visuales y argumentales que comporten una presencia del anunciante, de tal modo que, en tanto en los programas convencionales se realizan cortes periódicos para la emisión de «spots» publicitarios que pueden no tener nada que ver con aquellos contenidos, en el «bartering» se efectúa la aludida integración, con la particularidad además de que se condicionan los guiones de los episodios a las necesidades de cada anunciante, por lo que no se trata de un programa con formato determinado, y de ahí la adjetivación o cualificación de «estratégico».

Doctrina.—Todo lo que ahora se dilucida forma parte de un contexto en el que se alude a la posposición por la empresa demandada de la fecha definitiva de la primera emisión del programa y a una conducta desleal dentro de la que cabría comprender la omisión de un aviso a la actora para la subsanación del problema, y en lugar de ello procedió a resolver unilateralmente el contrato con fundamento de incumplimiento contractual y situación de precariedad económica de la demandante. Paralelamente decir

que para que la jurisprudencia o doctrina legal pueda servir de fundamento a un motivo de casación civil es exigible que se citen al menos dos sentencias de la Sala 1.^a, o una cuando se trata de jurisprudencia creada en virtud de recurso en interés de la ley, o por cambio debidamente motivado en las que se resuelvan casos similares al objeto de enjuiciamiento en el proceso al que se refiere el recurso de casación.

Es doctrina de la Sala la que configura la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios como una deuda de valor, lo que significa que su cuantía no ha de determinarse con referencia a la fecha en que se produzca la causa determinante sino en la que recaiga, en definitiva, la condena a la reparación o, en su caso, a la que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia.

Comentario.—Es preciso que la doctrina que se estima infringida haya constituido *ratio decidendi* de las resoluciones que se indican para los casos que en ellas se resuelven, es necesario que las sentencias sean expresivas de un criterio uniforme y reiterado, y es absolutamente indispensable que haya coincidencia o armonía sustancial entre los casos resueltos por las sentencias invocadas y el objeto del juicio, lo que implica una analogía entre los supuestos de hecho y entre las normas jurídicas a las que está asociada la creación de la doctrina legal de que se trata. Con arreglo a esta doctrina carece de consistencia la invocación de doctrinas genéricas que no son expresivas de una solución singular en relación con el caso litigioso, y es que las alegaciones efectuadas, incluso consideradas en el análisis del aspecto del incumplimiento como juicio de valor *questio iuris* consistente en determinar si cabe atribuir tal concepto jurídico a una concreta base fáctica, no pueden ser examinadas porque supondría convertir el recurso de casación en otra instancia, al modo de una apelación escrita, lo que repugna a la función que corresponde desempeñar al recurso extraordinario. Por otro lado, se fundamenta que la doctrina sobre el cumplimiento obligacional defectuoso, aunque no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sí está implícitamente admitida en varios preceptos del Código Civil, y es que ahora se integra una cuestión jurídica no planteada adecuadamente en la fase de alegaciones y con independencia de que realmente ya hubo una importe reducción en el *quantum* indemnizatorio de la pretensión actora, y tratando el tema, la sentencia recurrida argumenta el rechazo de la *exceptio* con base en la falta de prueba de la demandada, a quien le incumbía la carga correspondiente, cuya apreciación resulta indemne en casación, resulta claro, habida cuenta las circunstancias concurrentes, que el planteamiento formulado carece de consistencia. Ello es así porque, con arreglo a la buena fe y la lealtad contractual, como fuentes que son de la integración del contrato, la demandada debió haber actuado de otra manera al recibir el material que, a su juicio, no era el idóneo, y no podía utilizar para llevar a cabo la emisión, ni le era factible procesar o convertir adecuadamente para dicha finalidad, y que de ser cierto y no subsanado hubiera podido entenderse como incumplimiento propio, grave y trascendente del fin práctico del contrato, o cumplimiento irregular o defectuoso, posiblemente también suficiente para fundamentar incluso el ejercicio de la facultad resolutoria, y es que en la aplicación del contrato no ha de tenerse en cuenta solamente la literalidad de sus términos, sino también las circunstancias concurrentes, y singularmente la conducta de las partes, tanto más en el caso, si se tiene en cuenta la actuación de la demandada, primero resolviendo sin adecuado fundamento, luego manteniendo conversaciones, y

ahora postulando un cumplimiento irregular con la pretensión de obtener una reducción en el monto económico de la reclamación formulada.

MANDATO. CONTRATO DE MANDATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Antecedentes.—En fecha 3 de enero de 1991, la compañía «Team Sports, Inc.», de una parte, y la entidad «Baloncesto Juventud de Badalona, S.A.D.» y don Cornelius Thompson, de otra, suscribieron un contrato en virtud del cual el club empleaba al último jugador durante el periodo de 12 de agosto de 1991, inclusive, al 31 de mayo de 1992, y convinieron en la cláusula undécima que «si el club trata de efectuar una prórroga, un nuevo contrato o una modificación de este contrato o si el jugador juega para el club en cualquier temporada después de la de 1990-91 sin la supervisión y aprobación directa del agente del jugador, el club será responsable del pago del 10 por 100 del importe de la retribución convenida al jugador como pago directo para el agente». El 24 de mayo de 1991, el jugador rescindió el contrato que tenía concertado con su agencia. En julio de 1992 se suscribió nuevo contrato con el club, sin la intervención del mencionado agente, para las temporadas 1992-1993 y 1993-1994. La compañía «Team Sports Inc.» demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía al Club «Baloncesto Juventud de Badalona, S.A.D.», y a don Cornelius Thompson e interesó las peticiones que han quedado detalladas anteriormente. Por tanto, la cuestión litigiosa giraba en torno a la eficacia de la mencionada cláusula undécima del contrato de 3 de enero de 1991, después de la revocación por don Cornelius Thompson del mandato concertado con «Team Sports Inc.».

Doctrina.—La sentencia impugnada no ha valorado que entre los múltiples mecanismos previstos en el precepto primeramente citado para extinguir las obligaciones perfectas no figura la revocación y, en cualquier caso, al suponerle tales efectos, la Audiencia ha dejado dicha facultad al arbitrio de uno de los contratantes, al cual se ha permitido extinguir obligaciones en las que ni siquiera es parte; otro, por transgresión de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil, ya que, la sentencia de instancia confunde la obligación pactada de compensar al agente en caso de que el contrato se renovara sin su intervención, con una supuesta obligación de someter todos los contratos que en el futuro suscribiera el jugador a la previa aprobación y supervisión de mandatario, lo cual no sólo no ha sido convenido en ningún momento, sino que, además, es contrario de lo pactado; y el restante, por vulneración de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, puesto que, según manifiesta, la sentencia de apelación no ha tenido en cuenta que el cumplimiento de la obligación de pago asumida por el club es un contrato válido suscrito con anterioridad a la revocación del mandato y es que el mandante puede dejar sin efecto el mandato a su voluntad de manera que la revocación del poder lleva implícita la desaparición de la obligación establecida, pues su eficacia está ligada a la vigencia del mandato.

Comentario.—La sentencia de la Audiencia no ha valorado que la validez de la cláusula, reconocida *ab initio*, que impide la efectividad de la obligación,

quede limitada o coartada en virtud de acontecimientos acaecidos durante la fase del *pendet*, los cuales, en modo alguno, y en tanto que un Tribunal no declare lo contrario por vía de acción, no ejercitada por los demandados, pueden alterar ni afectar la validez y eficacia de la misma, se desestima porque no se ha cumplido la obligación condicional a que se refiere la recurrente al señalar que la cláusula undécima del contrato suscrito por las tres partes contiene una de dicha naturaleza en virtud de la cual el club y, en algún caso también el jugador, quedarían vinculados a satisfacer una cantidad a la compañía «Team Sports, Inc.» si aquellos decidieran prorrogar o renovar sin la intervención de ésta la relación profesional creada en su día merced a su mediación, pues, en verdad, la conexión que une a club y jugador en la temporada 1992-93 no es consecuencia de la prórroga, renovación o modificación del contrato de fecha 3 de enero de 1991, sino que proviene de otro nuevo.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR EL ESTADO DE LA TOTALIDAD DE LAS ACCIONES DE INDUSTRIAS TAURO, S. A., EXPROPIADAS A RUMASA, FALTANDO LICENCIA MUNICIPAL DE APERTURA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JUNIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—El Estado, que resultó propietario de Industrias Tauro, S. A., por expropiación de Rumasa, celebró contrato con la actora Samsonite Corporation, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa con fecha 5 de febrero de 1985. Mediante dicho contrato vende a dicha entidad la totalidad de las acciones de la referida empresa expropiada, estableciéndose en el apartado 25 de la cláusula cuarta lo siguiente: «la sociedad transmitida cuenta con todas las facultades, licencias, permiso y autorizaciones necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora». Pero sucede que carecía de licencia de apertura, que el contrato establece como existente, pues la que en su día se solicitó no se obtuvo y el expediente municipal fue archivado. De manera que la parte actora del pleito solicita las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento y sus efectos económicos en la finca, al tener que asumir las obras de adaptación exigidas a fin de obtener la licencia de referencia, petición que la sentencia en recurso estima en forma parcial, para lo que decreta haberse producido incumplimiento contractual por parte de la Dirección General del Patrimonio del Estado, acogiendo la acción *ex contractu* ejercitada, ya que al no contarse con la licencia discutida, las sanciones administrativas pueden llegar a privar a la compradora de la posibilidad de ejercer y desarrollar la industria que adquiere en el inmueble afectado, decisión ésta que es combatida por aplicación indebida de los artículos 1101, 1124, 1484 y siguientes del Código Civil, para argumentar que no se ha producido propia infracción de los términos del contrato de compraventa, sino que más bien se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conocer al tiempo de concertarse la venta del accionado y tal defecto se ha de encuadrar en el artículo 1484 del Código Civil, que el Tribunal de Instancia no aplica y con ello la extinción de la acción por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses de vigencia que fija el artículo 1490.

Doctrina.—El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 del Código Civil impone al vendedor, se proyecta directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador.

Comentario.—En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a la actividad o conducta precontractual del Estado vendedor, que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar si se había concedido la licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales, sin perjuicio de que no se desconocía su inexistencia, ya que se trató de obtenerla sin resultado y, por el contrario, se asumió y dio por hecha su concesión, con lo que se está ante situación que rebasa la propia de los vicios ocultos, para presentarse como efectivo incumplimiento del contrato, dada la intensidad y desembolsos económicos que se requieren para la obtención de la licencia administrativa, que la parte vendedora aportó como efectivamente otorgada, incidiendo tal conducta contractual en la base y motivo causal del negocio y también resulta y se presenta situación amenazante notoria, acomodada a la ley, por la posibilidad de suspensión y clausura de las actividades industriales y demolición incluso por orden de la autoridad gubernativa competente, y es que el incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica, se trata de vicio que existía en el momento de la contratación y ello posibilita la sanción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Doctrina.—Se amplía por la jurisprudencia el concepto de ruina a los incumplimientos contractuales «de cierta envergadura», y más adelante lo indicaremos en el desarrollo de nuestro comentario, aunque sin dejar de ver que ésta es una cuestión absolutamente compatible con la revocación parcial de la sentencia dictada en primera instancia, y ello especificando que dicha revocación únicamente afecta a la individualización de responsabilidades, aunque todo ello al margen de las consideraciones más o menos afortunadas que *obiter dicta* realiza la sentencia recurrida y que no afectan a la *ratio decidendi*.

Comentario.—La incongruencia de la sentencia y la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se invoca puesto que las imperfecciones constructivas patentes en el edificio consistentes en retocar y pintar las aristas de la fachada y fijar la silicona de la junta de dilatación, así como sustituir por otras iguales o similares las losetas de las terrazas agrietadas por no absorber debidamente el efecto de dilatación, se tienen por probadas y, aunque se mantiene que no encajan en la cobertura del artículo 1591, si se justifican por concurrencia de la acumulada acción, por incumplimiento contractual, pues como establece la sentencia recurrida, son susceptibles de re-

paración e indemnización del costo de la misma ex artículos 1091, 1098 y 1101 y siguientes del Código Civil también invocados en el escrito de demanda, al estar reconocidos y constatados en autos los defectos o imperfecciones consistentes el primero, en el repaso de pintura de los cristales de la fachada y fijación de parte del cordón de silicona que sella la junta de dilatación, y el segundo en la instalación de algunas piezas del pavimento de la terraza agrietadas por haberse colocado demasiado juntas las losetas o unidas por un material exclusivamente duro que no ha permitido absorber la dilatación.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. CARENTE DE CAUSA JUSTIFICATIVA EL ENRIQUECIMIENTO PRODUCIDO AUN CUANDO LO HAYA SIDO CON INTERVENCIÓN DE TERCERO, QUIEN ASÍ SE BENEFICIA HA DE REPARAR AL PERJUDICADO EN EL PERJUICIO OCASIONADO EN LA MISMA MEDIDA DE AQUEL ENRIQUECIMIENTO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—La entidad Pescanova, S. A., solicitó y obtuvo de la Secretaría General de la Pesca Marítima, por Resolución de 28 de febrero de 1989, autorización para transformar el buque arrastrero de su propiedad en buque palangrero de superficie para así operar en los caladeros no contingentados del Atlántico Sur con renuncia de los anteriores derechos de pesca al Sur de Cabo Noun, en Guinea Ecuatorial y en ICSEAF-Nambia. El buque fue vendido a la entidad Comarfol, S. A., que encargó a la entidad Montajes Folgar, S. A., la realización de aquella autorizada transformación del reseñado buque, lo que se llevó a cabo por ésta, pero como quiera que Comarfol, S. A., no paga la parte aplazada del precio y Pescanova, S. A., insta judicialmente la resolución de la compraventa estimando tal pretensión, se devuelve a la vendedora el buque en su nueva conformación. Por su parte, Comarfol, S. A., tampoco satisface el importe de aquellas obras de transformación del buque y por ello Montajes Folgar, S. A., la demanda, juntamente con Pescanova, S. A.

Doctrina.—La confusa invocación de preceptos lleva, ineludiblemente, a relacionar el núcleo de la pretensión actora constituido por la invocación de enriquecimiento determinante de restitución al carecer de causa que lo justifique, con el suplico de la demanda constituido en primer término por la petición de condena solidaria de las dos entidades demandadas, pero dicha pretensión no puede prosperar por cuanto los presupuestos de esa clase de responsabilidad, establecidos en el artículo 1137 del Código Civil, no se producen en este planteamiento litigioso, ya que la atribución de la pretendida cualidad de deudoras a las entidades demandadas no se hace desde una sola y misma obligación —la de Comarfol, S. A., se liga a un contrato de arrendamiento de obra que como comitente concertó con la demandante, y la de Pescanova, S. A., se extrae de un alegado beneficio sin causa que de esa obra recibió, siendo ella ajena al contrato en que se convino su realización—, obligación de la que derivase una misma responsabilidad.

Comentario.—A falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sus-

tenta en el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados —enriquecimiento a costa de un empobrecimiento—, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante —se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras—, quedándose en aquel efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa. Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto, pues el resultado injustificado es la esencia y núcleo del principio impeditivo del enriquecimiento.

COMPRAVENTA. COMPRAVENTA: SUPUESTA INHABILIDAD DEL OBJETO.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Gastán.

Antecedentes.—La cuestión litigiosa que ha dado origen a este recurso de casación se reduce a si las baldosas de mármol que el demandado-reconviniente suministró a la constructora demandante-reconvenida tenían que ser de primera calidad, de modo que no presentaran veta alguna de óxido o de calidad normal o media en las que es factible la aparición de dichas vetas.

Doctrina.—La jurisprudencia de la Sala es de por sí especialmente restrictiva en orden a la posibilidad de revisar en casación la valoración de la prueba pericial por venir legalmente confiada a la sana crítica de los juzgadores de instancia haciendo inviables los motivos que examina.

Comentario.—Dichos motivos pretendían que la Sala hiciese una nueva valoración de toda la prueba practicada sin tan siquiera citar como infringidos los preceptos relativos a la prueba pericial y sin citar tampoco como infringida norma alguna que contenga regla legal de valoración probatoria, única vía por la que, desde la reforma de la casación civil llevada a cabo por la Ley 10/92, cabe intentar en casación que se modifique la valoración de la prueba del tribunal de apelación, ya que el recurso de casación aparece legalmente orientado a revisar la aplicación del derecho «dejando intocados los hechos», todo ello, por supuesto, desde la evidencia de que ni los artículos 1101 y 1124 ni el artículo 1282, todos ellos del Código Civil, contienen reglas legales de valoración de la prueba, no permitiendo el último de esos preceptos que por la vía indirecta de mencionar actos de las partes a fines de interpretación se proceda a una valoración probatoria conjunta encaminada

a determinar el propio contenido contractual, porque sólo es idóneo en casación para impugnar la interpretación precisamente de contratos escritos, debiendo citarse para ello en relación con el párrafo segundo del artículo 1281.

ISABEL MORATILLA GALÁN

Arrendamientos

Arrendamientos rústicos

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—El Juzgado número 2 de Almendralejo estimó parcialmente la demanda, en la que se solicitaba la nulidad del contrato de arrendamiento rústico, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación, admitiendo la excepción de inadecuación de procedimiento. No procede la casación.

Doctrina.—Se ejercita demanda de nulidad del contrato a causa de que el que arrienda la finca rústica no es propietario ni usufructuario de ésta en el momento de celebrarlo, pretendiendo también la indemnización de daños y perjuicios, alegando el arrendatario la excepción de inadecuación del procedimiento, que es estimada en la apelación. La acción de nulidad será la que determine la cuantía del juicio y ha de calcularse por la renta anual establecida en aquel contrato, que se fijó en 1.100.000 pesetas, y por ello el Ministerio Fiscal se opuso a la procedencia de este recurso al no llegar a la cuantía que establece el artículo 1687 LEC.

REVISIÓN DE LA RENTA PACTADA EN ARRENDAMIENTO RÚSTICO EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 43 LAR. EL ARRENDATARIO SUFRE UN PERJUICIO SUPERIOR AL 15 POR 100 DE LA RENTA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Antecedentes.—El Juzgado número 2 de Posadas estimó parcialmente la demanda en la que se solicitaba el importe de los daños y perjuicios causados, y la Audiencia admitió la apelación, estimando la reconvención en la que se pedía la revisión de la renta por una lesión superior al 15 por 100. No triunfa la casación.

Doctrina.—La revisión de la renta del artículo 43 LAR obedece a la peculiar significación socioeconómica de los arrendamientos rústicos que, además de contar con el derecho de acceso a la propiedad, están conformados con una

suerte de tutela intervencionista a favor de los colonos que pueden verse envueltos en una contingencia climática, como la que provoca una reducción del agua para el regadío que perjudique las expectativas de cultivo o arrendamiento que fue la base del monto de la renta, por lo que, al alterarse esas previsiones con el efecto reductor de los frutos percibidos, aparece la norma del artículo 43, resultando de la pretensión reconventional y la prueba practicada la realidad de que, en los últimos cinco años cambiaron las circunstancias, a causa de la disminución de agua para el regadío, que dieron lugar a una lesión sobre la renta superior al citado 15 por 100, por lo cual procede acceder a lo solicitado.

NO EXISTE EL RETRACTO PORQUE EL DOCUMENTO ES POSTERIOR A LA SUBASTA EN LA QUE SE ADJUDICÓ LA FINCA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE MARZO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don J. Manuel M. Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—El Juzgado de Santa María de Nieva desestimó la demanda en la que se ejercía el derecho de retracto y la Audiencia confirmó. No se admite la casación.

Doctrina.—Alegan los recurrentes que existía un contrato de arrendamiento en la fecha de la aprobación del remate, pero omite que dicho derecho, nacido según un documento de 14 de septiembre de 1992, fue presentado en Hacienda para el pago del Impuesto de Transmisiones el 9 de marzo de 1995, con posterioridad a la subasta y adjudicación de la finca. En el documento se autoriza a los recurrentes para el cultivo en concepto de poseedores de buena fe, con lo que deduce la sentencia recurrida, que no hay arrendamiento por no hacer referencia a la duración ni a la renta, ambos requisitos imprescindibles en un contrato de arrendamiento. No se infringe el artículo 1281 del Código Civil si los términos son claros y además la interpretación de los contratos es facultad de los tribunales de instancia y tal criterio prevalece a menos que sea ilógica o absurda, según reiterada jurisprudencia.

EL APARCERO TIENE DERECHO DE RETRACTO CON LOS MISMOS REQUISITOS QUE EL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez de Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—En la demanda se solicitaba el retracto de las fincas vendidas, lo que admitió el Juzgado número 1 de Villafranca del Penedés, confirmando la Audiencia. No procede la casación.

Doctrina.—El artículo 118 LAR concede al aparcero el derecho de tanteo y retracto con los mismos requisitos y condiciones que el arrendatario, y esta norma es aplicable sin desvío alguno, como reconoce la sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2001. Correspondiendo a la parte demandada demos-

trar que la fecha del conocimiento de la transmisión por el retrayente es distinta y anterior a la señalada en la demanda y no constando en autos que, con anterioridad a la fecha indicada por los actores, éstos tenían conocimiento de la transmisión, plena, cabal, completa y perfecta, como exige la jurisprudencia, no cabe estimar la caducidad invocada.

EL CARÁCTER VITALICIO DEL ARRENDAMIENTO RÚSTICO ES CLÁUSULA VÁLIDA Y EFICAZ POR SER BENEFICIOSA PARA EL ARRENDATARIO.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don A. Romero Lorenzo.

Antecedentes.—El Juzgado de Ecija estimó la demanda en la que se pedía la resolución del contrato. La Audiencia Provincial revocó declarando la validez del carácter vitalicio del arrendamiento. No procede la casación.

Doctrina.—Alega el recurrente que, dada la referencia del artículo 15 LAR al artículo 2-5 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, es preciso que el colono sea considerado agricultor profesional, para lo cual ha de obtener el 50 por 100 de su renta de actividades agrarias, dedicando a las mismas más de la mitad de su trabajo total, no siendo suficiente que asuma los riesgos de la finca arrendada. Habiendo delegado la arrendataria en su sobrino político lo relativo al cultivo y cuidado de la finca cedida en arrendamiento, ha de tenerse en cuenta la Disposición Transitoria 1.^a LAR, que dice que los contratos anteriores a la entrada en vigor de la misma se regirían en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior, lo que es aplicable, pues el contrato había sido celebrado en 9 de noviembre de 1977. Según el artículo 9.1 LAR, sólo son nulas las cláusulas que impliquen un perjuicio para el arrendatario, siendo válida cualquier estipulación que lo beneficie, circunstancia que concurre en el hecho de que el contrato litigioso se ha concertado por el tiempo de la vida de ambos arrendatarios. Este carácter vitalicio del arrendamiento, que quizá se deba a que el predio fuera antes propiedad de quien pasaba a ser arrendatario, evidencia que no pueden ser aplicables al contrato normas legales menos beneficiosas para el colono que la mencionada duración vitalicia, como es la que determina que la pérdida de la condición de profesional de la agricultura sea causa de resolución contractual. La cláusula ha de ser considerada válida y eficaz a tenor del artículo 9 LAR.

EL CONSTITUIR UNA COMUNIDAD DE BIENES, QUE CONTINÚA LA EXPLOTACIÓN DE LAS FINCAS PROVOCA LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR ESTAR PROHIBIDA LA CESIÓN DEL MISMO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don A. Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—El Juzgado número 8 de Córdoba desestimó la demanda de resolución del arrendamiento y confirmó la Audiencia Provincial. Triunfa la casación.

Doctrina.—Constituye una comunidad de bienes el arrendatario con su esposa e hijos, por lo que entiende la Audiencia que los arrendadores consintieron el cambio de titular al firmar los recibos del pago de rentas por la comunidad bajo ese nombre. Según el artículo 70 LAR, la cesión del contrato de arrendamiento está prohibida, sin que obste a ello el consentimiento del arrendador. De nada valen las consideraciones de la sentencia recurrida sobre la aceptación de las rentas mediante la firma de los recibos por parte de los arrendadores.

LA ESTIMACIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS CODEMANDADOS SÓLO PUEDE COMBATIRSE POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don C. Augerlián.

Antecedentes.—El Juzgado número 8 de Huelva desestimó la demanda, estimando la falta de legitimación pasiva y la Audiencia confirmó. No se admite la casación.

Doctrina.—La estimación de falta de legitimación pasiva de los codemandados, que determina su absolución definitiva, sólo puede combatirse por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. El artículo 1281 del Código Civil acude a la interpretación literal cuando no existen dudas sobre la misma, como no las presenta la expresión «pactando su total conformidad con dicha transmisión», dándose la circunstancia de que los demandados no han recibido pago en concepto de renta a cargo de la arrendataria de la finca matriz. La apreciación probatoria de la sentencia impugnada sobre realización de mejoras en la finca y sobre falta de aprovechamiento de la misma, no puede discutirse en casación.

Arrendamientos urbanos

NULIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR SIMULACIÓN FRAUDULENTA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ENERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don F. Marín Castán.

Antecedentes.—Se solicita la declaración de nulidad del arrendamiento de 1 de mayo de 1994, por constituir un contrato simulado en perjuicio del actor, antes de que se otorgue escritura a favor de la arrendadora siguiente a la subasta. El Juzgado número 1 de Aranda estimó la demanda declarando nulo el arrendamiento, y la Audiencia confirmó la anterior. No se admite la casación.

Doctrina.—El fundamento de la sentencia recurrida no es la extinción del arrendamiento por la adjudicación, derivada de un embargo preferente, sino la nulidad radical o absoluta de dicho contrato por simulación fraudulenta en

perjuicio del demandante, como se evidenció en el posterior ejercicio del retracto con base en el contrato litigioso.

RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: LAS DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES EXISTÍAN DESDE EL PRINCIPIO, PERO MANIFESTADAS AL ACOMETERSE LAS OBRAS DE ADAPTACIÓN PREVIAS AL INICIO DE LA ACTIVIDAD. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don F. Marín Castán.

Antecedentes.—Se interpone demanda de indemnización de las rentas pendientes de pago y, subsidiariamente, la procedente para ejecutar las obras necesarias para dejar el local en las mismas condiciones que estaba antes de las obras realizadas por la arrendataria. En la reconvencción se alegó la rescisión del contrato hecho mediante carta y, en otro caso, que no tenga lugar la indemnización pedida por la demandante. El Juzgado número 18 de Valencia estimó la demanda fijando la suma a pagar y también, en parte, la reconvencción debiendo descontarse, de la cantidad anterior, la fianza depositada por la arrendataria, sin que esté obligada la demandada a efectuar las obras pedidas por la actora. La Audiencia revocó la anterior desestimando la demanda y acogiendo la reconvencción, declarando la resolución del arrendamiento. No triunfa la casación.

Doctrina.—Hay que diferenciar la rescisión a que se refiere el artículo 1556 del Código Civil y la propiamente dicha de los artículos 1290 a 1299 del Código Civil. La acción ejercitada por la arrendataria nada tenía que ver con los supuestos del artículo 1291 y no le es aplicable la subsidiaria del artículo 1294. La rescisión del artículo 1556 es una resolución por incumplimiento, como hace la jurisprudencia de la Sala que pone dicho precepto en relación con el artículo 1124 del Código Civil y, por tanto, lo pedido en la reconvencción es la resolución del contrato, que es lo concedido por el Tribunal.

INADECUACIÓN DEL LOCAL ARRENDADO PARA SER DESTINADO A LA FINALIDAD PREVISTA EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ABRIL DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don A. Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Ante el Juzgado número 46 de Madrid se formula demanda pidiendo que se realice una correcta interpretación del contrato de arrendamiento de local de negocio y se fije la renta efectuando una rendición de cuentas que ha sido entregada por la propiedad del local, indicando en qué se han gastado y se ejecuten las obras pactadas, conforme a lo estipulado, rechazando la demanda el Juzgado y estimando la reconvencción, condenando al actor a abonar una cantidad. La Audiencia estimó en parte la apelación condenando a la arrendataria a abonar al actor la cantidad fijada, ratificando la estimación de la reconvencción. No tiene éxito la casación.

Doctrina.—Existe una maliciosa actuación del arrendador que hace a la arrendataria formalizar un contrato que no podía satisfacer sus expectativas, dada la serie de deficiencias que presentaba el local en que pensaba desarrollar su actividad, y lo costoso de los trabajos necesarios para su subsanación. En tal contrato el que las obras ejecutadas se ajustasen o no a un determinado proyecto es cuestión irrelevante. El incumplimiento por parte del arrendador de las obligaciones que, de acuerdo con los apartados 2 y 3 del artículo 1554 del Código Civil le incumbían, facultaban al arrendatario a exigir la resolución del contrato, según el artículo 1124 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE PROMESA DE ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don F. Marín Castán.

Antecedentes.—Se interpone demanda ante el Juzgado número 1 de Andújar, solicitando que se deje sin efecto la resolución del contrato de promesa de arrendamiento, declarando resuelto el mismo por razón del incumplimiento del demandado, así como el abono de la cantidad que es importe de la cláusula penal estipulada y, subsidiariamente, la indemnización de daños y perjuicios, que fue desestimada y la Audiencia Provincial confirmó. No ha lugar a la casación.

Doctrina.—El retraso en las obras que debía realizar el actor, imputable al mismo, había traído como consecuencia la frustración de los fines perseguidos en los pactos del contrato y, en definitiva, la imposibilidad de exigir a la demandada que cumpla lo que le corresponde, quedando el local liberado de los compromisos asumidos y de satisfacer los daños y perjuicios, respecto a los que falta la necesaria relación de causalidad. El plazo de entrega del local no podía ser el de la obtención de ambas licencias (la de obras a cargo del futuro arrendador y la de apertura a cargo del arrendatario) sino el de obtención de la licencia de obra, y la realidad es que en la fecha de entrega las obras se encontraban en sus inicios, y se terminaron casi tres años después, retraso notorio exclusivamente imputable al actor, que no podía verse exonerado de su compromiso por una circunstancia irrelevante, cual era la fecha en que se solicitó el permiso de apertura, no procediendo la resolución por incumplimiento del demandado, ya que tal contrato quedó resuelto por decisión de ambas partes.

RESOLUCIÓN ANTICIPADA DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES DE NEGOCIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Se interpone demanda ante el Juzgado número 36 de Barcelona, solicitando la legalidad y eficacia del contrato suscrito y que se indemnice a los actores por el incumplimiento de la arrendataria, acogiendo la demanda íntegramente lo que confirmó la Audiencia Provincial. No procede la casación.

Doctrina.—Había un contrato privado, válido y eficaz, por el que las partes acordaron resolver el arrendamiento de locales de negocio, propiedad de los actores, en el que se pactó una indemnización a favor de las sociedades arrendadoras a satisfacer en cinco plazos, conviniendo una minoración en el supuesto de que los locales fueran alquilados antes de la fecha fijada. La recurrente, ya antes del vencimiento del primer recibo, dirigió una carta a los actores expresando su intención de no atender los recibos que se le presentasen. Los recibos impagados figuran integrados en el contrato como anexo del mismo, y así lo pone de manifiesto su cláusula 4.^a, lo que demuestra su aceptación por la recurrente, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 504 LEC, que exige que se acompañen a la demanda los documentos en que el actor funde su pretensión, que es lo que ha sucedido en este caso. La realidad del crédito ha quedado demostrada, así como que los impagos respondieron a un acto voluntario de la recurrente sin justificación suficiente, pues no se atendieron los recibos porque así se quiso, y tal conducta incumplidora se mantuvo a lo largo del pleito.

RENUNCIA DE LOS DERECHOS DEL INQUILINO. SE FUNDA COMO PRESUPUESTO LA PERCEPCIÓN DE LA SUMA PACTADA PARA ESA RENUNCIA. (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis M. Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—Ante el Juzgado número 6 de Castelló se interpone demanda solicitando la nulidad del contrato celebrado entre las partes por causa de dolo y, si se entendiese la pervivencia del documento de renuncia al contrato de arrendamiento de industria a favor de la demandada, el derecho del actor a percibir siete millones de pesetas, tal como dice este documento, y el Juez estimó en parte la demanda condenando al demandado a abonar esa cantidad más el interés legal desde la interposición judicial y la Audiencia confirmó. No se admite la casación.

Doctrina.—Al renunciar el arrendatario a los derechos que pudieran corresponderle sobre el complejo turístico arrendado, manifiesta que ha satisfecho por inversiones la cantidad de siete millones que los arrendadores se comprometen a hacer efectivas en dos entregas. Cualesquiera que fueran las causas para la exigencia de esta indemnización, lo cierto es que se pactó que, a resultas de la renuncia a los derechos del actor sobre el local arrendado, cualquiera que fuese el presupuesto de la indemnización, lo era por la renuncia de los derechos del renunciante por su calidad de inquilino del complejo turístico, sin perjuicio de que para su *quantum* se tuvieran en cuenta las inversiones efectuadas por el mismo en dicho complejo.

NO EXISTE LA NOVACIÓN PRETENDIDA, YA QUE EL DEMANDADO ACTUÓ EN SU PROPIO NOMBRE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—Ante el Juzgado número 55 de Madrid se interpone demanda, solicitando el pago de las rentas impagadas del arrendamiento y la indemnización correspondiente, conforme al artículo 56 LAU, estimándose parcialmente la demanda, lo que confirmó la Audiencia. No procede la casación.

Doctrina.—Aunque la remisión que hace la sentencia *a quo* al artículo 7 LSA es errónea porque este artículo es de la Ley 1951 y la vigente al tiempo del contrato es la de 1989, en realidad es indiferente porque el contenido del artículo 7 de la Ley de 1951 es idéntico al artículo 15.1 de la Ley de 1989. El demandado actuaba en su propio nombre, sin que conste que aquella sociedad aceptase el contrato. No puede admitirse la novación alegada en el recurso de casación, ya que es una cuestión nueva no alegada antes en el litigio.

NO BASTA LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO PARA EJERCITAR EL RETRACTO, NECESITÁNDOSE LA OCUPACIÓN EFECTIVA DEL INMUEBLE ARRENDADO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don J. Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—El Juzgado número 2 de Zaragoza desestimó la demanda de retracto por acumulación de acciones, sin entrar en el fondo del asunto, y la Audiencia revocó parcialmente desestimando la acción de retracto. No se admite la casación.

Doctrina.—La no ocupación real y efectiva del objeto locativo está proclamada en la sentencia de instancia. No es suficiente la condición de arrendatario para ejercer el derecho de retracto, pues requiere la ocupación efectiva del inmueble arrendado. La exigencia de esta ocupación aparece mantenida por la jurisprudencia de esta Sala desde la LAU de 1946 y en la posterior de 1956 y en la de 1964. El retracto sólo se concede al que ocupa a título de arrendatario, mas no a quien no lo ocupa, aunque haya perfeccionado un contrato de locación urbana. La precedente sentencia dio lugar al desahucio del arrendatario por desocupación del local, por lo menos seis meses antes de la interposición de la demanda resolutoria, y un año antes de la demanda de retracto.

SE EXTINGUE EL CONTRATO POR CONCLUSIÓN DEL PLAZO PACTADO, SIENDO APLICABLE EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 9 DEL REAL DECRETO-LEY 2/1985, SALVO QUE SE ACREDITE EL ACOGIMIENTO AL RÉGIMEN DE PRÓRROGA FORZOSA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Antecedentes.—Se interpone demanda de desahucio de local de negocio, por expiración de término, ante el Juzgado número 5 de Telde, que la estimó, confirmando la Audiencia Provincial. No se admite la casación.

Doctrina.—Celebrados los contratos de arrendamiento por el plazo de un año, prorrogable por anualidades sucesivas bajo el régimen del Real Decreto-

ley de 30 de abril de 1985, fueron prorrogados hasta 1994, en que se comunicó la resolución del contrato, a lo que se opusieron los arrendatarios, alegando que la arrendadora había renunciado a la supresión de la prórroga forzosa establecido en el citado Real Decreto en relación el artículo 57 LAU. Para que exista esa renuncia hace falta un acuerdo expreso de sometimiento a la prórroga forzosa porque, en caso contrario, hay que estar a la norma general: el sometimiento al plazo establecido en el contrato o sus prórrogas convencionales, en vez de la forzosa del artículo 57 LAU. En otro caso, la existencia del acuerdo de sometimiento del arrendador al régimen de prórroga forzosa cabría deducirlo implícitamente de los propios términos del contrato sin estar establecida en una cláusula específica, pero tal deducción ha de ser clara y terminante para entender que existe ese acuerdo, lo que no ocurre en este supuesto.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Sucesiones

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

PARTICIÓN DE HERENCIA. NULIDAD. FALTA DE PRESUPUESTO ESENCIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 2003 Y DE 17 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—Se realiza por el comisario contador-partidor una partición de la herencia con liquidación de gananciales, en un momento en que ya se había practicado la partición convencional y liquidación de gananciales por los propios interesados mayores de edad.

Doctrina.—La nulidad de la partición se producirá cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concurra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Comentario.—Como es sabido, la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código Civil, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico. De ahí, precisamente, que la nulidad de la partición se produzca cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concurra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Por todo ello, es por lo que en el caso de autos falta el presupuesto esencial de una comunidad hereditaria que partir, pues la partición ya estaba hecha. Si fuera una simple ejecución, está hecha por quienes no tenían derecho a ello.

Además hay doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de respetar el criterio del ordenamiento jurídico que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, tanto contractua-

les como judiciales, para evitar situaciones que se presentan más complejas y con dificultades de realización práctica de volver al estado de indivisión hereditaria.

Ocurre lo mismo en la segunda sentencia señalada: donde se concreta que es elemento esencial para la partición, la determinación del patrimonio hereditario del causante. Para realizar dicha determinación es imprescindible la fijación del patrimonio del causante, pero también la del cónyuge y/o sus herederos, correspondiente a su parte de los bienes gananciales. Pues en otro caso se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno. Y ello porque en este supuesto se practicó la partición de la herencia del causante sabiendo que no se había liquidado la comunidad de gananciales formada por dicho causante y su primera esposa fallecida, aunque sí se hizo la liquidación de la formada por dicho causante y su segunda esposa, la viuda que sí compareció en la partición.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Responsabilidad Civil

POR TERESA SAN SEGUNDO MANUEL y JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO POR EL DERRIBO DE UN INMUEBLE EN EL INMUEBLE COLINDANTE; CONCAUSA CON EL ESTADO RUINOSO DE ÉSTE.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—La sentencia tiene como base fáctica un inmueble sobre el que existía un expediente de ruina instado por el Ayuntamiento de la localidad en el que se encontraba. Los propietarios del citado inmueble encargaron su derribo a una empresa especializada que, a su vez, se encontraba asegurada. La operación de demolición se llevó a cabo bajo la dirección de un arquitecto.

Cuando se estaba procediendo al derribo se produjeron en la finca colindante una serie de grietas y daños en los pilares que provocaron su total demolición.

Figuran como codemandados los siguientes: los propietarios del inmueble derribado, la empresa que lo llevó a cabo, la compañía aseguradora de la empresa implicada y el arquitecto encargado de la dirección de la obra.

Hay dos hechos perfectamente acreditados, según el Supremo «ciertos e indiscutibles», a saber, que el edificio de los demandantes tenía graves problemas estructurales y que los daños que causaron su desplome se produjeron al derribarse el edificio colindante.

A la vista de los hechos relatados, el Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados e impuso las costas a la parte actora. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente dicha resolución sin hacer expresa imposición de las costas de la alzada a ninguna de las partes.

El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Provincial y condena a todos los demandados, excepto a los propietarios del inmueble causante de los daños, a que abonen solidariamente «la tercera parte del valor de su inmueble a resultas del derribo del contiguo, la tercera parte de los gastos que debe abonar como consecuencia de la declaración de ruina y posterior derribo y desescombros y la tercera parte del lucro cesante por los alquileres no percibidos, a fijar todo ello en ejecución de sentencia». En cuanto a las costas no se condena ni a las de las instancias ni a las producidas a resultas del recurso de casación, salvo las que corresponderían a los demandados absueltos que deberán ser sufragadas por la parte recurrente.

Doctrina.—El Supremo señala que la cuestión jurídica central se encuentra en la existencia de nexo causal entre la ruina del inmueble de los actores y el derribo del de los codemandados. Junto a estos hechos tiene, también, en cuenta la conducta negligente del arquitecto que deduce del hecho de no haber realizado un estudio de la situación de los edificios que lindaban con el que se pretendía derribar.

Precisa el alto Tribunal que la casación no tiene como función revisar los hechos, pero sí la de valorarlos y aplicarles la norma adecuada.

Considera aplicable el artículo 1902 del Código Civil al arquitecto, por su conducta negligente, a la empresa de derribo y a la compañía aseguradora, y excluye a los propietarios del edificio que habían sido demandados por entender que son ajenos al derribo, argumentando que «no son empresarios, cuyos dependientes hayan causado el daño y, por ello, no les alcanza la responsabilidad por hecho ajeno que impone el artículo 1903 del Código Civil, sino que son quienes encargan un determinado trabajo a una empresa, que actúa bajo la dirección de un arquitecto».

Comentario.—Resulta muy curiosa la cuantía de la condena fijada por el Supremo: la tercera parte del valor del inmueble perjudicado, la tercera parte de los gastos que deban abonar como consecuencia de la declaración de ruina y posterior derribo y desescombros y la tercera parte del lucro cesante por los alquileres no percibidos.

La clave hay que encontrarla en que confluyeron la actuación de los demandados y el estado ruinoso en el que se encontraba el edificio de los demandantes, estimando el Supremo que la proporción de la responsabilidad de cada uno en los hechos evaluados en la sentencia es de un tercio para los demandados y dos tercios para los demandantes por el estado de la construcción; lo que le lleva a concluir que la actuación consistente en el derribo fue concausa del daño en el edificio colindante y no la causa única del desplome del edificio contiguo.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

EL DIES A QUO PARA EL CÁLCULO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL NO ES EL ALTA MÉDICA CUANDO HAY SECUELAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Se interpone demanda ante el Juzgado número uno de Almendralejo (Badajoz) en reclamación de sesenta y un millones trescientas setenta y dos mil pesetas por los perjuicios padecidos por el demandante, así como de las secuelas que le han quedado y los gastos de tratamiento médico que se originen posteriormente. Ambos han sido producidos por la explosión de una caldera sita en las instalaciones de la sociedad demandada, cuando el demandante, en ejercicio de su función de calderero la manipulaba, produciéndose la explosión, según quedó acreditado por un defectuoso mantenimiento de la caldera. Al contener la caldera agua hirviendo, la explosión provocó quemaduras en el 50 por 100 del cuerpo del demandado. El Juzgado de Primera Instancia número uno de Almendralejo estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar al actor la suma de «ONCE MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL PESETAS (11.173.000 ptas.), así como a pagar cuantos gastos se originen en el futuro derivados de tratamiento médico o rehabilitador, intervenciones quirúrgicas u otras de análoga naturaleza».

Contra la citada sentencia se formularon recursos de apelación por el demandante y la entidad demandada. La Audiencia Provincial de Badajoz confirmó íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación sobre la base de tres motivos:

El primero de ellos por interpretación errónea de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, a efectos de declarar prescrita la acción.

El motivo no es tenido en cuenta, según manifiesta la Sala, ya que considera que *pretende desconocer la acertada interpretación contenida en la sentencia de instancia en el sentido de que en los supuestos de lesiones que dejen secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, y ante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha de sanidad o de alta, en el que se consigne o exprese las referidas secuelas, sin que se espere a conocer el alcance de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo; y en el supuesto presente el demandante continuaba bajo tratamiento médico en el momento de presentación de la demanda...*

Respecto a la razonable interpretación de los artículos que el motivo estima infringidos, la doctrina más autorizada estima que es preferible el criterio del artículo 1969, que establece una regla más general y objetiva: el tiempo para la prescripción del artículo 1968.2 debe contarse desde el día que pudo ejercitarse la acción y varias sentencias declaran que en el supuesto de daños continuados, el plazo de prescripción anual de la acción comienza el día de producción del definitivo resultado, es decir, en el momento en que es conocido cuantitativamente el total resultado dañoso.

El segundo motivo se articula por infracción de las normas del ordenamiento jurídico consistente en interpretación errónea del artículo 1902 del Código Civil, ya que considera que la explosión se produjo por hechos imputables al operador y no por no haber realizado la entidad demandada las revisiones anuales que en máquinas de este tipo prescribe la normativa. La Sala desestima el motivo y pone manifiesto que la caldera no ha sido revisada anualmente, pues no ha podido probarse este hecho, por este motivo fallaron

los mecanismos de seguridad. Afirma: *Los nuevos rasgos de la responsabilidad civil pueden describirse así:*

— *Se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él le corresponde desvirtuar esta presunción mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida.*

— *No basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, porque de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.*

El tercer motivo se formula por la inaplicación del artículo 1101 del Código Civil, motivo que es desestimado, ya que quedó excluida por completo la culpa exclusiva de la víctima.

Comentario.—La combinación de la aplicación de los artículos 1968.2 y 1986.9 se complementan, ya que el primero de los preceptos establece que la acción para exigir responsabilidad prescribe al año «desde que lo supo el agraviado», declarando el segundo de los preceptos que se contará el plazo «desde que pudo interponerse. Observamos, por lo tanto, que lo que determina el inicio del plazo no es la producción del hecho dañoso, sino el conocimiento del daño sufrido por la víctima, en este caso el demandante. La cuestión se complica enormemente cuando estamos en presencia de daños continuados, en este supuesto concreto secuelas en una parte importante de su cuerpo, ya que es más difícil concretar el momento a partir del cual comienza a computarse el plazo. Se tiende en estos casos a considerar que el momento comienza cuando se tiene un conocimiento completo de las mismas, y no en el momento del alta médica, pues estos dos momentos pueden no ser coincidentes, como pretende la entidad demandada.

La demandante, en este supuesto concreto, pretende basar la aplicación incorrecta del artículo 1902 del Código Civil en la falta de culpa de la misma y la culpa del demandante, hechos que, por otro lado, no son ciertos. Pero aunque hubiese habido algo de culpa por el demandante, en todo caso estaríamos ante un supuesto en el que ambos comportamientos son culposos, y la consecuencia sería en todo caso, una disminución en la cuantía a indemnizar, no una exoneración de la responsabilidad.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 6/2003. 30-6-2003. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26-9-1979, General Penitenciaria.

— Ley Orgánica 7/2003. 30-6-2003. Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

— Ley Orgánica 8/2003. 9-7-2003. Reforma concursal, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial (ver Anexo I).

— Ley Orgánica 9/2003. 15-7-2003. Modifica la Ley Orgánica 4/1987, de 15-7-1987, de competencia y organización de la jurisdicción militar.

— Ley Orgánica 10/2003. 15-7-2003. Con el carácter de complementaria a la Ley 25/2003, de 15-7-2003, por la que se aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, modifica la Disposición Final 1.^a de la Ley Orgánica 5/2001, de 13-12-2001, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

— Ley 19/2003. 4-7-2003. Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

— Ley 20/2003. 7-7-2003. Protección Jurídica del Diseño Industrial.

— Ley 21/2003. 7-7-2003. Seguridad Aérea.

— Ley 22/2003. 9-7-2003. Concursal (ver Anexo I).

— Ley 23/2003. 10-7-2003. Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

— Ley 25/2003. 15-7-2003. Aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

— Ley 26/2003. 17-7-2003. Modifican la Ley 24/1988, de 28-7-1998, del Mercado de Valores, y el T. R. de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22-12-1989, con el fin de reforzar la transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas.

— Ley 27/2003. 31-7-2003. Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

— Instrumentos de Ratificación. Convenio entre España y Bélgica tendente a evitar la doble imposición y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y protocolo, hecho en Bruselas el 14-6-1995, y del Acta que lo modifica, hecha en Madrid el 22-6-2000.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Orden 1551/2003. 10-6-2003. Desarrolla la Disposición Final 1.^a del Real Decreto 209/2003, de 21-2-2003, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

— Real Decreto 862/2003. 4-7-2003. Modifica el Reglamento de Organización y Régimen del Notariado en materia de ingreso en el Cuerpo de Notarios.

— Real Decreto 864/2003. 4-7-2003. Aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— Real Decreto 996/2003. 25-7-2003. Aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

— Real Decreto 997/2003. 25-7-2003. Aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 1445/2003. 4-6-2003. Aprueba los Estatutos orientativos de la S. L. Nueva Empresa.

— Orden 1723/2003. 6-6-2003. Acuerda el cambio de capitalidad del R. P. de El Puerto de Santa María, número 3, a la localidad de Rota.

— Instrucción de 30-5-2003. DGRN. Entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1-4-2003, de la S. L. Nueva Empresa.

— Resolución de 29-5-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 23 y 24-6-2003, a efectos registrales, en el R. P. de Lalín.

— Resolución de 4-6-2003. Secretaría de Estado. Modifica la Resolución de 5-12-1996, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios en el ámbito de la Administración de Justicia.

— Resolución de 10-6-2003. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, vacantes, existentes en toda España, para su provisión en concurso ordinario número 263.

— Resolución de 17-6-2003. DGRN. Anuncia concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Real Decreto 937/2003. 18-7-2003. Modernización de los archivos judiciales.

— Real Decreto 1039/2003. 1-8-2003. Regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto (ver Anexo II).

— Orden 1991/2003. 27-6-2003. Nombra el Tribunal que ha de juzgar las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, convocadas por RDGRN de 12-12-2002.

— Orden 2302/2003. 31-7-2003. Modificación de la Orden 1825/2003, de 26-6-2003, por la que delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros Órganos del Ministerio de Justicia.

— Instrucción de 13-6-2003. DGRN. Complementaria de la Instrucción de 30-12-1999, sobre presentación de las cuentas anuales en los RRMM mediante procedimientos telemáticos.

— Resolución de 25-6-2003. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, en resolución de concurso entre aspirantes al Cuerpo.

— Resolución de 27-6-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 6, 7 y 8-8-2003, a efectos registrales, en el R. P. de Noia.

— Resolución de 30-6-2003. DGRN. Señala fecha tope de funcionamiento en Rota de la capitalidad del R. P. de El Puerto de Santa María, número 3.

— Resolución de 15-7-2003. DGRN. Convoca oposición libre para obtener el título de Notario.

— Resolución de 30-7-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 4, 5 y 6-9-2003, a efectos registrales, en el R. P. de Alcantarilla.

— Resolución de 1-8-2003. DGRN. Aprueba el cuadro de sustituciones de Registradores (ver Anexo II).

— Acuerdo de 17-7-2003. Tribunal de oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles. Señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

— Real Decreto 682/2003. 7-6-2003. Regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 2/1995, de 23-3-1995, de SRL.

— Resolución de 30-7-2003. Establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 57 de la Ley 16/1989, de 17-7-1989, de Defensa de la Competencia.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 19-8-2003. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 10-7-2003. Aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Orden 1398/2003. 27-5-2003. Establece los supuestos y condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos, y se extiende ésta expresamente a la presentación telemática de determinados modelos de declaración y otros documentos tributarios.

— Orden 1736/2003. 24-6-2003. Desarrolla el régimen especial aplicable a los servicios prestados por vía electrónica a efectos del IVA.

— Orden 2115/2003. 21-7-2003. Crea Registros Telemáticos para los órganos del Ministerio de Hacienda, sus organismos autónomos y la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado.

— Orden 2116/2003. 22-7-2003. 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.

— Orden 2318/2003. 31-7-2003. Determina la atribución de las Funciones Inspectoras en el ámbito de la Dirección General del Catastro y se aprueba el contenido y especialidades de los documentos de la Inspección Catastral.

— Orden 2324/2003. 31-7-2003. Establece normas detalladas para la aplicación de las disposiciones referentes a asistencia mutua en materia de recaudación, en desarrollo del Real Decreto 704/2002, de 19-7-2002, por el que se incorporan las modificaciones de determinadas Directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación, y en cumplimiento de determinadas Directivas Comunitarias sobre asistencia mutua entre los Estados miem-

bros de la UE en el cobro de determinadas exacciones, derechos e impuestos y otras medidas.

— Resolución de 19-6-2003. Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Modifica el plazo de ingreso en período voluntario de los recibos del IAE del Ejercicio 2003, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución de 11-7-2003. Dirección General del Catastro. Aprueba la forma de remisión y la estructura, contenido y formato informático de los ficheros de intercambio de información necesarios para la realización de procedimientos de valoración colectiva de carácter general de los bienes inmuebles urbanos.

— Resolución de 30-7-2003. Intervención General de la Administración del Estado. Aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a la Administración General del Estado.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 464/2003. 25-4-2003. Modifica el Real Decreto 707/2002, de 19-7-2002, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

— Resolución de 20-5-2003. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Regula el procedimiento para la declaración de la extinción de créditos y derechos de la Seguridad Social incobrables o no exigibles en vía de apremio.

— Resolución de 29-5-2003. Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social. Modifica el Anexo II de la Resolución de 17-5-2001, sobre modelos de documentos de cotización vigentes para la liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.

— Real Decreto 945/2003. 18-7-2003. Regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

— Orden 2352/2003. 1-8-2003. Deroga la Resolución de 24-7-1972 de la DGSS, por la que se crea el Registro de Entidades de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos.

— Resolución de 1-8-2003. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Ampliación de la emisión de documentos de cotización a los regímenes y colectivos adheridos al Sistema de Remisión Electrónica de Datos (Sistema RED).

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1042/2003. 1-8-2003. Modifica el Real Decreto 1/2002, de 11-1-2002, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, y se crean los municipios singulares del grupo 0 a efectos de la adquisición protegida de viviendas.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 743/2003. 20-6-2003. Regula la prueba de acceso a la universidad de los mayores de veinticinco años.

— Real Decreto 831/2003. 27-6-2003. Establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la ESO.

— Real Decreto 832/2003. 27-6-2003. Establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato.

— Real Decreto 944/2003. 18-7-2003. Establece la estructura de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de Calidad de la Educación.

— Orden 2286/2003. 31-7-2003. Modificación de la Orden de 12-11-1992, sobre evaluación en ESO.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 896/2003. 11-7-2003. Regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 834/2003. 27-6-2003. Modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

— Real Decreto 835/2003. 27-6-2003. Regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.

— Real Decreto 904/2003. 11-7-2003. Regula la Administración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el exterior.

— Real Decreto 947/2003. 18-7-2003. Modifica el Real Decreto 508/2001, de 11-5-2001, por el que se aprueba el Estatuto del INE.

— Real Decreto 1000/2003. 25-7-2003. Modifica el Real Decreto 1415/2000, de 21-7-2000, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Álava.—Resolución 1074/2003. 18-6-2003. Aprueba las condiciones técnicas y diseño de los soportes magnéticos válidos para sustituir los modelos en papel correspondientes a las declaraciones-liquidaciones del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes), modelos 200 y 200-A.

Andalucía.—Decreto 149/2003. 10-6-2003. Aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo.

— Ley 3/2003. 25-6-2003. Declaración del Paraje Natural de Alborán.

— Decreto 165/2003. 17-6-2003. Aprueba el Reglamento de Inspección, Control y Régimen Sancionador de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía.

— Decreto 183/2003. 24-6-2003. Regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

— Decreto 185/2003. 24-6-2003. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004.

— Decreto 187/2003. 24-6-2003. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Montes de Málaga.

— Decreto 193/2003. 1-7-2003. Regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Decreto 217/2003. 22-7-2003. Regula determinados aspectos del grupo de Consejeros Generales representantes de otras organizaciones en la Asamblea General de las Cajas de Ahorros, previsto en el artículo 63 bis de la Ley 15/1999, de 16-12-1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía.

— Orden 30-6-2003. Regula la organización y funcionamiento de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales.

— Orden 18-7-2003. Regula los requisitos materiales y funcionales específicos de los Centros de Atención y Acogida a Mujeres Víctimas de Malos Tratos.

— Orden 1-8-2003. Modifica la de 23-4-1997, por la que se regula la tramitación para el reconocimiento de firma, previo a la legalización por el Ministerio de Asuntos Exteriores, de documentos en los que ésta se exige para surtir efectos en el extranjero.

— Orden 8-8-2003. Desarrolla determinadas actuaciones del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007.

— Corrección de errores. Resolución de 28-4-2003. Convoca la concesión de subvenciones en materia de promoción turística para Entida-

des y Asociaciones Locales de carácter supramunicipal para el ejercicio 2003.

Aragón.—Ley 20/2003. 18-7-2003. Modificación del T. R. de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón y del T. R. de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con la regulación del Vicepresidente y de los Viceconsejeros.

— Decreto 137/2003. 22-7-2003. Desarrolla la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 206/2003. 22-7-2003. Aprueba el Reglamento General de la Ley 8/1998, de 17-12-1998, de Carreteras de Aragón.

— Orden 19-6-2003. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices Notariales, declaración informativa a efectos tributarios», y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

Asturias.—Decreto 9/2003. 7-7-2003. Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Resolución de 4-8-2003. Delegan competencias en el titular de la D. G. de Vivienda.

Baleares.—Decreto 52/2003. 16-5-2003. Modificación del Decreto 4/1988, de 28-1-1988, de declaración del parque natural de s'Albufera de Mallorca.

— Decreto 51/2003. 16-5-2003. Ampliación del parque natural de s'Albufera des Grau y de declaración de las reservas naturales de las illes des Porros, s'Estany, la bassa de Morella, es Prat y la illa den Colom.

— Decreto 6/2003. 30-6-2003. Establece la estructura del Gobierno de las Illes Balears.

— Decreto 120/2003. 11-7-2003. Modifica el Decreto 38/1985, de 16-5-1985, de creación de la Comisión Balear de Medio Ambiente.

— Decreto 131/2003. 18-7-2003. Modifica el Decreto 69/1997, de 21-5-1997, de creación y régimen jurídico del Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT).

— Acuerdo 25-7-2003. Aprueba el calendario de fiestas para el año 2004, en el ámbito de las Illes Balears.

Cantabria.—Ley 2/2003. 23-7-2003. Establecimiento de Medidas Cautelares Urbanísticas en el Ámbito del Litoral y Creación de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Canarias.—Orden 25-4-2003. Autoriza los cobros en las cajas situadas en las oficinas de Gestión Recaudatoria de Canarias, S. A.

— Decreto 241/2003. 11-7-2003. Determina el número, denominación y competencias de las Consejerías.

— Decreto 235/2003. 4-8-2003. Declara fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2004 y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

Castilla-La Mancha.—Decreto 91/2003. 3-6-2003. Desarrolla el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones y ayudas públicas.

— Decreto 107/2003. 07-07-2003. Establece la estructura de la Administración Regional.

Castilla y León.—Orden 812/2003. 16-6-2003. Determina las obligaciones tributarias a que se refiere el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 818/2003. 16-6-2003. Aprueba los modelos 600, 620, 610 y 630 de declaración-liquidación del I.T.P. y A.J.D., los modelos 660 y 661 de declaración y 650, 651 y 655 de declaración-liquidación del I.S. y D. y los modelos 043, 044 y 045 correspondientes a la Tasa Fiscal sobre el Juego.

— Decreto 83/2003. 31-7-2003. Garantiza el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en los supuestos previstos en el Decreto 52/2002, de 27-3-2002, de Desarrollo y Aplicación del Plan Director de Vivienda y Suelo de Castilla y León 2002-2009.

— Orden 962/2003. 25-7-2003. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices notariales, declaración informativa a efectos tributarios», y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

— Corrección de errores. Ley 5/2003. 3-4-2003. Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León.

Cataluña.—Ley 13/2003. 13-6-2003. Modificación de la Ley 18/2002, de 5-7-2002, de cooperativas.

— Ley 18/2003. 4-7-2003. Apoyo a las Familias.

Extremadura.—Decreto 15/2003. 27-6-2003. Modifica la denominación y el número de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 65/2003. 8-5-2003. Aprueba los Estatutos de la Universidad de Extremadura.

— Decreto 26/2003. 30-6-2003. Distribuye las competencias de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 23-6-2003. Modifica la Orden de 19-6-2000, por la que se regulan las ocupaciones y autorizaciones de usos temporales en las vías pecuarias.

— Resolución de 29-7-2003. Delega determinadas competencias en el Director General de Tesorería y Patrimonio.

Galicia.—Decreto 280/2003. 17-6-2003. Modifica Decreto 8/2003, de 18-1-2003, por el que se modifica la estructura orgánica de la Xunta de Galicia.

— Orden 27-5-2003. Regula ayudas en materia de conservación de los recursos naturales y fomento de acciones de la población local para el desarrollo sostenible de los parques naturales.

— Ley 3/2003. 19-6-2003. Cooperación para el desarrollo.
— Ley 4/2003. 29-7-2003. Vivienda de Galicia.
— Decreto 309/2003. 11-7-2003. Determina el procedimiento aplicable para el ejercicio de la potestad sancionadora en establecimientos y espectáculos públicos.

— Decreto 318/2003. 26-6-2003. Regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores y personas con discapacidad.

— Decreto 321/2003. 18-7-2003. Determina el calendario laboral para el año 2004 en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 28-7-2003. Establece el procedimiento para la constitución y aplicación de los depósitos previos en la práctica de tasaciones periciales contradictorias.

La Rioja.—Decreto 5/2003. 7-7-2003. Modifica el número, denominación y competencias de las consejerías de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Orden 4-8-2003. Delegación de competencias en los Centros Directivos de la misma y de asignación de funciones a los Jefes de Servicios.

Madrid.—Decreto 67/2003. 22-5-2003. Aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de tutela de derechos y de control de ficheros de datos de carácter personal.

— Decreto 86/2003. 19-6-2003. Regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

— Orden 23-5-2003. Dicta instrucciones sobre los trámites a seguir en los procedimientos sobre adquisición y enajenación de títulos valores mercantiles por la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades de Derecho Público.

— Corrección de errores. Decreto 67/2003. 22-5-2003. Aprueba el Reglamento de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de tutela de derechos y control de ficheros de datos de carácter personal.

— Ley 12/2003. 26-8-2003. Reforma de la Ley 11/1986, de 16-12-1986, Electoral de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 177/2003. 17-7-2003. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 195/2003. 31-7-2003. Aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva de la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 29-7-2003. Ordena la publicación del modelo normalizado de documento de otorgamiento de representación en las relaciones por medios telemáticos con la Tesorería General de la Comunidad de Madrid.

Murcia.—Resolución de 5-5-2003. Regula el procedimiento para hacer efectivas las indemnizaciones a los Registradores de la Propiedad, Liquidado-

res de Distrito Hipotecario por el ejercicio de las funciones delegadas de gestión y liquidación en los ITP y AJD e I.S. y D.

— Decreto 9/2003. 3-7-2003. Reorganización de la Administración Pública Regional.

— Orden 20-6-2003. Aprueba, en desarrollo del «Proyecto Nueva Empresa», el modelo 609 NE de declaración-liquidación del ITPAJD, modalidad de Operaciones Societarias-constitución sociedad limitada Nueva Empresa, y se establece el procedimiento para su pago y presentación telemática.

— Orden 25-7-2003. Aprueba los modelos para el funcionamiento del Registro Territorial de la Propiedad Intelectual.

— Corrección de errores. Ley 5/2003. 10-4-2003. Modificación de la Ley 3/1998, de 1-7-1998, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.

— Corrección de errores. Orden 20-6-2003. Aprueba, en desarrollo del «proyecto nueva empresa», el modelo 609 NE de declaración-liquidación del ITPAJD, modalidad de operaciones societarias-constitución sociedad limitada nueva empresa y se establece el procedimiento para su pago y presentación telemática.

Navarra.—Decreto Foral 116/2003. 19-5-2003. Modifica el Anexo del Decreto Foral 334/2001, 26-11-2001, por el que se aprueba el procedimiento para la valoración de determinados bienes inmuebles sitios en la Comunidad Foral de Navarra mediante la aplicación del método de comprobación de los precios medios en el mercado, en relación con la gestión de los I.S. y D., e I.T.P. y A.J.D.

— Decreto Foral 135/2003. 9-6-2003. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración con entidades financieras de 1997.

— Decreto Foral 137/2003. 16-6-2003. Modifica el artículo 37 de la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 140/2003. 16-6-2003. Regula el registro de voluntades anticipadas.

— Orden Foral 113/2003. 15-4-2003. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de determinadas declaraciones-liquidaciones correspondientes al IVA.

— Orden Foral 114/2003. 15-4-2003. Aprueba el Acuerdo de colaboración externa en la presentación por vía telemática de declaraciones en representación de terceras personas.

— Decreto Foral 149/2003. 23-6-2003. Deroga el Decreto Foral 612/1999, de 13-12-1999, por el que se prorroga el régimen transitorio de fiscalización limitada previa.

— Decreto Foral 150/2003. 23-6-2003. Regula la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades a través de sociedades públicas de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 270/2003. 28-7-2003. Establece la estructura orgánica del Departamento de Economía y Hacienda.

— Decreto Foral 271/2003. 28-7-2003. Modifica parcialmente el Anexo del Decreto Foral 353/1999, de 13-9-1999, por el que se aprueban los Estatutos de la Hacienda Tributaria de Navarra.

— Decreto Foral 292/2003. 28-7-2003. Aprueba la estructura orgánica del Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación.

— Decreto Foral 354/2003. 28-7-2003. Modifica el artículo 1.º y el Capítulo III del Decreto Foral 392/1999, de 13-9-1999, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones.

— Decreto Foral 428/2003. 11-8-2003. Modifica el Decreto Foral 276/2002, de 30-12-2002, por el que se regula el sistema de extinción por compensación de determinadas deudas tributarias.

— Orden Foral 110/2003. 31-7-2003. Aprueba el calendario de fiestas laborales para el año 2004 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

País Vasco.—N.F. 6/2003. 1-4-2003. Compensación Financiera por la Reforma del IAE.

— Orden 30-5-2003. Desarrolla el programa ADEFIN, de ayudas para la adecuación de la estructura financiera de las PYMES industriales.

— Ley 4/2003. 25-6-2003. Modificación de la Ley contra la Exclusión Social.

— Decreto 159/2003. 8-7-2003. Modificación del Decreto de creación y regulación del Observatorio Vasco de la Administración de Justicia.

— N.F. 3/2003. 18-3-2003. Modifica la Normativa Reguladora de los IRPF, I.S., I. sobre la Renta de No Residentes, I.P., I.S. y D. e ITPAJD.

— N.F. 4/2003. 19-3-2003. Reforma del Sistema de Tributación Local.

— N.F. 8/2003. 1-4-2003. Incremento y mejora de la atención a personas mayores, con discapacidad, en situación de exclusión social y menores en situación de desprotección.

Valencia.—Decreto 63/2003. 3-6-2003. Modificación parcial del Decreto 81/1990, de 28-5-1990, sobre órganos de gobierno de Cajas de Ahorro.

— Decreto 71/2003. 21-6-2003. Determina el número y denominación de las Consellerías en que se organiza la administración de la Generalitat.

— Decreto 73/2003. 21-6-2003. Modifica el Reglamento Orgánico y Funcional de la Presidencia de la Generalitat.

— Decreto 81/2003. 27-6-2003. Establece la estructura orgánica de las Consellerías de la administración de la Generalitat.

II. Informació de activitats

CATALUÑA

Los días 1 y 2 de octubre de 2003 se celebró en Tarragona el 2.º CONGRESO DE DRET CIVIL CATALÀ: EL CODI CIVIL DE CATALUNYA, organizado por la Facultat de Ciències Jurídiques de la Universitat Rovira i Virgili.

INAUGURACIÓN:

Honorable Señora NURIA DE GISPERT I CATALÀ, consellera de Justícia i Interior.

PONENCIAS:

Primera ponencia: Les disposicions generals del llibre primer del Codi Civil de Catalunya:

- «Les fonts del Dret Civil de Catalunya en la Primera Llei del Codi Civil de Catalunya», por FERRAN BADOSA COLL, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.
- «Els principis generals del Dret Civil català: la llibertat civil, la bona fe, els actes propis i l'equitat», por CARLES MALUQUER DE MOTES I BERNET, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.
- «Les aplicacions del principi de llibertat civil en el Dret Civil de Catalunya», por MARTÍN GARRIDO MELERO, Notari de Tarragona, Director de *La Notaría* i professor associat de Dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili.

Segunda ponencia: Aspectes pràctics en l'aplicació de les darreres lleis aprovades pel Parlament de Catalunya en matèria de dret patrimonial:

- «L'accessió», por JOSEP LLUÍS SARRATE I ABADAL, Registrador de la Propietat de Reus.
- «L'exercici del Dret d'opció i la cancel·lació de les càrregues posteriors», por JOSÉ VICENTE TORRES ESTEBÁNEZ, Registrador de la Propietat de Reus.
- «La constitució de la servitud», por JOAN MARSAL GUILLAMET, Professor Titular de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.

- «El Dret de Superfície: aspectes pràctics», por RAFAEL MARTÍNEZ DÍE, Notari de Molins de Rei.
- «Els drets de tempteig i retracte», por MANUEL ÁNGEL MARTÍNEZ GARCÍA, Notari de Molins de Rei.
- «El contracte de cessió de finca a canvi de construcció futura», por RICARDO CABANAS TREJO, Notari de Torredembarra.
- «L'“encarregament” del censal», por ESPERANCE GINEBRA MOLINS, Professora Titular de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.
- «L'accés al Registre del Dret de Penyora», por MERCEDES TORMO SANTONJA, Registradora de la Propietat de Barcelona i Directora del Servei d'Estudis Registrals de Catalunya.
- «El Dret de retenció», por JESÚS JULIÁN FUENTES MARTÍNEZ, Notari de Barcelona.

Tercera ponencia: La prescripció i la caducitat:

- «Encuentros y desencuentros en la nueva regulación de la prescripción en el Codi Civil de Catalunya», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.

Cuarta ponencia: El projecte de llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya: els drets reals:

- «Els efectes de la possessió», por SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.
- «El tratamiento de la hipoteca en el proyecto del libro quinto del Código Civil de Cataluña», por FRANCISCO GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propietat i Lletrat de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «La comunitat ordinària indivisa», por CARMEN GETE-ALONSO CLERA, Catedràtica de Dret Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- «Els elements comuns de la propietat horitzontal», por ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, Notari de Barcelona.
- «Les comunitats especials per raó de la facultat d'ús», por EMILIO GONZÁLEZ BOU, Notari de Santa Coloma de Farners.
- «La propietat horitzontal estesa», por IGNACIO GOMÁ LANZÓN, Notari de Girona.

El día 14 de octubre de 2003 se celebró la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *GAUDÍ Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*, del autor LUIS GUEILBURT, patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y el Institut Gaudí de la Construcció.

El acto, que se celebró en la Casa Batlló de Barcelona, estuvo presidido por el Excmo. Ministro de Justicia y presentado por el periodista y escritor MÀRIUS CAROL PAÑELLA.

MADRID

Del día 29 de septiembre al 1 de octubre de 2003 se celebraron las II JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHO DE FAMILIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD, organizadas por el Colegio de Registradores de España en su sede de Príncipe de Vergara.

COMITÉ ORGANIZADOR:

- Doctor don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional de Derecho Civil. Presidente del Comité Internacional de Congresos de Derecho de Familia.
- Doctor don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad. Letrado de la DGRN. Vocal de la Sección Española de la Comisión Internacional de Derecho Civil.
- Doctor don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad. Vocal de la Sección Española de la Comisión Internacional de Derecho Civil.

INAUGURACIÓN:

- Ilmo. Señor don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

PONENCIAS:

- «Hacia una posible reglamentación comunitaria del Derecho Internacional Privado de las sucesiones y de los regímenes matrimoniales», por el Profesor PAUL LAGARDE, Profesor Emérito de la Universidad de París I. Secretario General de la Comisión Internacional de Estado Civil.
- «I rapporti patrimoniali della famiglia e la pubblicità immobiliare nel diritto italiano», por el Profesor MICHELE SESTA, Profesor Ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Bolonia.

- «El derecho de hogar seguro y el Registro de la Propiedad en Puerto Rico», por el Profesor LUIS M. NEGRÓN PORTILLO, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.
- «Aspectos de familia en los Registros franceses de Propiedad», por el Profesor JEAN MAZARS, Magistrado de la Corte de Casación de París. Presidente de la Sección francesa de la Comisión Internacional de Estado Civil.
- «El bien de familia y su proyección registral en el Derecho argentino», por el Profesor LUIS MOISSET DE ESPANÉS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba.
- «Protección de los derechos de la familia y Registro de la Propiedad», por el Profesor RAINER FRANK, Profesor de Derecho de la Universidad de Friburgo. Ex Presidente de la Sección alemana de la CIEC.
- «La inscripción del patrimonio familiar en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de México», por el Profesor JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, Catedrático de Derecho de Familia de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- «Relaciones familiares y los Registros Jurídicos en los Derechos griego, español y francés. Una aproximación comparativa», por la Profesora ELINA MOUSTAIRA, Profesora Asistente de Derecho Comparado de la Universidad de Atenas. Vocal de la Sección griega de la Comisión Internacional de Estado Civil.
- «La familia y el Derecho Inmobiliario en Cuba», por la Profesora OLGA MESA CASTILLO, Profesora de Derecho de Familia en la Universidad de La Habana.

CLAUSURA:

- Doctor don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional de Derecho Civil. Presidente del Comité Internacional de Congresos de Derecho de Familia.

El día 1 de octubre tuvo lugar LA PRESENTACIÓN DEL *SELLO DE CALIDAD REGISTRAL* en el Aula Magna del Instituto de Empresa, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y el Colegio Jurídico del Instituto de Empresa.

Los últimos años se han destacado por el avance de las nuevas tecnologías y su introducción en el mundo empresarial. La aparición de Internet como medio de comunicación hacía pensar en el auge del comercio electrónico tanto entre empresas como a particulares, pero la falta de confianza en este

medio ha frenado notablemente su desarrollo. La legislación ha ido adaptándose para afrontar estos nuevos retos, con leyes como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI). El sello de calidad registral permitirá afrontar esta falta de confianza mediante la identificación de los sitios web con información registral sobre la empresa titular del dominio.

La Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Fundación General de la UNED convocan un CURSO DE ESPECIALISTA UNIVERSITARIO EN DERECHO CIVIL COMUNITARIO. La duración del curso es de un año académico (desde el 30 de noviembre hasta el 30 de junio). El curso se impartirá siguiendo la metodología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, es decir, una enseñanza a distancia sin exigir la presencia de alumnos en las clases.

PROGRAMA:

El curso se estructura en los siguientes módulos:

MÓDULO 1. NOCIONES FUNDAMENTALES:

Derecho Civil Comunitario. Fuentes y Órganos Jurisdiccionales de la Unión Europea. Derecho de la persona y la protección de datos personales.

MÓDULO 2. DERECHO DE LA CONTRATACIÓN I (Parte General):

El llamado derecho de los consumidores. El contrato y sus elementos. Condiciones Generales de la contratación. La contratación electrónica y la firma electrónica. Contratos a distancia. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. La publicidad engañosa y comparativa en la normativa comunitaria.

MÓDULO 3. DERECHO DE LA CONTRATACIÓN II (En particular):

La venta de bienes muebles a plazos. El crédito al consumo. Viajes combinados y otros: aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

MÓDULO 4. RESPONSABILIDAD CIVIL:

La responsabilidad civil por productos defectuosos; de los Estados Miembros y de la Comunidad Europea vehículos de motor; navegación aérea.

MÓDULO 5. LA PROPIEDAD INTELECTUAL:

Derechos de reproducción, comunicación y explotación. La propiedad intelectual y los programas de ordenador.

MÓDULO 6. DERECHO DE FAMILIA:

La cooperación judicial comunitaria en los procesos matrimoniales: reconocimiento de las resoluciones en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. Responsabilidad parental. Convenciones multilaterales.

MÓDULO 7. DERECHO COMUNITARIO Y EL MEDIO AMBIENTE:

Principales normas de Derecho Civil y el medio ambiente. Las agresiones del medio ambiente. Responsabilidad civil ecológica.

MÓDULO 8. DERECHO AGRARIO COMUNITARIO:

La política agraria en la Comunidad Europea. Los planes hidrológicos en el ámbito de la Comunidad Europea.

GRUPO DOCENTE:

El personal docente está formado por profesores universitarios especialistas en la materia:

- Doctora M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Profesora titular UNED. Directora del curso.
- Doctora LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Profesora titular UNED.
- Doctora M.^a DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Profesora titular UCM.
- Doctora M.^a PAZ POUS DE LA FLOR, Profesora titular UNED.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

I. BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

ALI, PAUL: *The law of secured finance: An international survey of security interests over personal property*. Editorial: Oxford University Press, 2002.

ANDREU MARTÍNEZ, BELÉN: *El acreedor de término*. Granada: Comares, 2003.

BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN: *La prueba en el procedimiento administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, 2.^a ed.

CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Madrid: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003.

JIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA: *El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Civitas, 2003, 2.^a ed.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2003, 3.^a ed.

TEXTOS CIVITAS, edición septiembre de 2003:

— *Legislación sobre Enjuiciamiento Civil*.

— *Código Civil*.

— *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*.

— *Código de Comercio y Leyes Complementarias*.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: Texto legal. Leyes vinculadas. Comentarios. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios*. Madrid: Dijusa, 2003.

II. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

SCHULZE, REINER; MARTIN EBERS y HANS CHRISTOPH GRIGOLAIT: *La conclusión del contrato y los deberes de información en el Derecho Privado comunitario. (Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 314 págs. (*).

A. PRESENTACIÓN

§ 1. Presupuesta la conveniencia y viabilidad de la armonización del Derecho de obligaciones y contratos en Europa, el libro que ahora se recensiona presenta hipótesis de trabajo y propuestas de cambio para la mejora del acervo comunitario en esta materia. Concretamente, se abordan aspectos relacionados con la conclusión del contrato y los deberes de información. No se trata de las reglas que se suponen existentes sin necesidad de regularlas (vgr. principio de autonomía de la voluntad o fuerza vinculante del contrato entre las partes) sino, precisamente, de las que están y, por eso mismo, necesitan ser sistematizadas y, en su caso, corregidas.

§ 2. Estamos ante un libro colectivo que reúne el total de quince ponencias presentadas en el Simposio que tuvo lugar a principios del año 2003 en la *Europäische Rechtsakademie* de Trier (ERA) sobre la protección al consumidor y los deberes de información en el Derecho comunitario (*Verbraucherschutz und Informationspflichten im Europäischen Gemeinschaftsrecht/Consumer Protection and Information requirements in European Community Law*). Éste es el primer resultado del Grupo de investigación europeo *Acquis communautaire* (acerca del cual vid. *infra* B y C) (1), pero ello no quiere decir que todos los autores formen parte, sino sólo que los editores son miembros (muy) activos.

§ 3. La publicación respeta el idioma original en el que se expresaron los ponentes e incluye un pequeño resumen en inglés y alemán. Por razones fáciles de comprender —dar a conocer la novedad del método (vid. *infra* C)— solo excepcionalmente la introducción, a cargo de REINER SCHULZE, es bilingüe, en los dos idiomas antes citados. La publicación de un libro en varias lenguas

(*) El trabajo se vincula al Proyecto BJU BJU 2002-02594 y se integra en el *III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (2001 SGR 00022), en ambos casos bajo la dirección del Doctor Ferran Badosa Coll.

(1) Para todo cuanto se diga a continuación en relación con el Grupo, su metodología y los resultados obtenidos, vid. <http://www.acquis-group.org>; además, HANS SCHULTE NÖLKE y CHRISTIAN VOGEL, «Europäische Forschergruppe zur Systematisierung des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts (Acquis Gruppe) gegründet» (2002), *Europarecht*, 750-752; BARBARA PASA, «I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo “Acquis Groupe”» (2002), *Contratto e Impresa/Europa*, 654-661, 659 y sigs.; HANS SCHULTE-NÖLKE, «Initiative für ein besseres Verständnis des neuen, europäisch geprägten Schuldrechts», editorial de la revista *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, núm. 8, año 2002. Además, REINER SCHULZE, *El Derecho europeo y sus Textos Básicos* (ref. *infra* nota siguiente), y, el mismo autor, en la obra que ahora es objeto de recensión, en su propia introducción, que, igual que otras contribuciones del libro está disponible (en formato bilingüe), en Internet: *Der Acquis Communautaire und die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts* (3-14); *The Acquis communautaire and the Development of European Contract Law* (15-25). Ambos en: <http://www.acquis-group.org/documents.html>).

—en este caso: alemán, inglés y francés— permite su accesibilidad a un mayor número de juristas, pero no es todavía práctica habitual o generalizada en Europa. Y aunque la combinación entre las exigencias de un Derecho común y el respeto por la pluralidad de lenguas harían deseable la labor de traducción de libros tan interesantes como el que ahora se publica (2), ello no es posible y ni tan siquiera imaginable, de manera que si se quiere participar en la creación de una ciencia europea del Derecho Privado, el conocimiento de idiomas es absolutamente necesario para saber qué se debate y con qué argumentos más allá de nuestras fronteras.

§ 4. La publicación se vincula igualmente al Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», dentro del Programa financiado por la Unión Europea para fomentar la movilidad de los investigadores entre las universidades europeas (3). Los recursos que la Unión Europea emplea en la consecución de tales objetivos son notables, como lo demuestra también la convocatoria efectuada por la Comisión Europea dentro del VI Programa marco, para fomentar la investigación en materia de Derecho contractual (COM [2003] 68 def., núm. 64) (4).

§ 5. Por lo demás, y volviendo al libro, más que simplemente anecdótica debería ser la constatación de que éste se presenta al público tan sólo seis meses después de la celebración del referido Simposio.

B. EL GRUPO *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

§ 6. La historia del Grupo *Acquis* es muy reciente. Su presentación pública tuvo lugar en el Simposio realizado en la *Europäische Rechtsakademie Trier* (ERA), los días 27 y 28 de septiembre de 2001, para debatir acerca del Derecho contractual legislado desde y para Europa (5). La creación del *Acquis-Gruppe* es, en parte, respuesta a la consulta efectuada por la Comisión europea de fecha de 11 de julio de 2001 (COM [2001] 398 def.) (6) y a su propósito de incentivar la discusión sobre la conveniencia de ir más allá en el desarrollo de instrumentos de Derecho comunitario.

(2) Reflexiones sobre este punto en REINER SCHULZE, «El Derecho europeo y sus Textos Básicos», en Antoni Vaquer-Santiago Espiau (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases on a European Contract Law*, 629-637, 630, a propósito de la presentación pública de la edición española del libro *Textos básicos de Derecho Privado europeo*, previamente editado en Alemania (Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 1.ª ed; 2002, 2.ª ed.) por él mismo y por el Profesor REINHARD ZIMMERMANN, que en España fue editado por la editorial Marcial Pons (Madrid-Barcelona, 2002) y de cuyo estudio introductorio y notas de concordancia con la legislación europea española me ocupé yo misma.

(3) En realidad, «Network Improving the Human Reserch Potenzial on Uniform Terminology for European Private Law». Acerca del mismo, vid. MARTIN EBERS, «Uniform Terminology for european Private Law - Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union» [2003], *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 185-186; también, <http://www.acquis-group.org/links.html>.

(4) DOCE C 63, de 15-3-2003.

(5) Las conferencias están publicadas en el libro editado por REINER SCHULZE-HANS SCHULTE-NÖLKE-LUDOVIC BERNARDEAU, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht/European Contract Law in Community Law/Droit des contrats à l'aune du droit communautaire*, Köln, Busdesanzeiger, 2002. Vid. <http://www.era.int/www/en/p_8.htm>.

(6) DOCE C 255, de 13-9-2001.

§ 7. Sabido es que la exposición sistemática del Derecho Privado comunitario exige la creación de una parte general del Derecho de contratos y la actual superación de la fase de regulación casuística de algunos contratos en particular. En la Comunicación de la Comisión y los documentos que la misma generó (7), se constató la conveniencia de que la doctrina científica abordara la tarea de creación y sistematización de Principios del Derecho contractual comunitario ya existente, así como la necesidad, no menor, de sistematizar todo el conjunto de materiales que ya existían sobre esta misma materia. Puesto que la Comisión llamó especialmente la atención sobre la falta de un marco de referencia que pudiera ser tenido en cuenta por el legislador comunitario para poder elaborar una legislación coherente y sistemática, el trabajo del Grupo *Acquis* se centra en este objetivo y pretende colocar una primera piedra en la consecución de ese marco general legislativo. Ello, además de permitir crear un ordenamiento jurídico comunitario, sin duda facilitará también una transposición de las Directivas en los ordenamientos jurídicos nacionales más adecuada a las necesidades que se pretenden cubrir. La actual manera caótica y reiterativa de proceder en la implementación de Directivas por parte del legislador nacional es consecuencia, a su vez, del hecho de que también las Directivas son de promulgación escalonada y, además, contienen una regulación fragmentaria y, demasiadas veces, insuficiente o poco coherente.

§ 8. El Grupo está compuesto por investigadores de diferentes Universidades europeas: varias de Alemania (Bielefeld, Münster, Hamburg, Jena, Würzburg, Heidelberg y München), Italia (Turín y Piamonte Oriental), Oxford, Francia (París I, Sorbonne), España (Barcelona), Finlandia (Helsinki), Holanda (Nijmegen), Austria (Graz), Portugal (Coimbra), Grecia (Atenas), Hungría (Budapest), Dinamarca (Copenhague) y Suecia (Lund). Su coordinación corresponde al Profesor Doctor HANS SCHULTE-NÖLKE (Universidad de Bielefeld) y al Profesor Doctor GIANMARIA AJANI (Universidad de Turín). La interdisciplinariedad del Grupo *Acquis* es patente a la vista de sus componentes, todos ellos juristas especializados en diferentes ámbitos del Derecho y, sobre todo, del Derecho Privado (8).

C. METODOLOGÍA DEL GRUPO ACQUIS

§ 9. El método del Grupo *Acquis* toma como base el derecho comunitario existente y no directamente ni los ordenamientos jurídicos nacionales, ni las propuestas del *soft law* (Principios Lando, Principios Unidroit) formulados a la manera de los *restatements* americanos; tampoco las elaboraciones científicas doctrinales basadas en el método del Derecho comparado, por más que todos ellos sean elementos de comparación y de soporte inevitables. A diferencia de lo que sucede en algunos de estos proyectos europeos (9), no se trata de formular un anteproyecto de Código (es, claramente, por el contrario, la

(7) http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_index_en.htm.

(8) Para la composición del Grupo, vid. <http://www.acquis-group.org>. También, SCHULTE-NÖLKE-VOGEL, «Europäische Forschergruppe», 752.

(9) Que varios de sus respectivos integrantes explican en el libro de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, 191-234.

opción del grupo liderado por GIUSEPPE GANDOLFI) (10), ni tampoco de formular contrapropuestas frente a las actuales iniciativas (11).

§ 10. El Grupo *Acquis* pretende ampliar y mejorar el acervo comunitario con la pretensión de poder facilitar su desarrollo en el futuro. Algunos ejemplos, aunque no necesariamente extraídos del libro que se recensiona, podrán ayudar a entender lo que se afirma: ¿Por qué, por ejemplo, la Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994, *sobre el derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*, no prevé un precepto similar al del artículo 7 de la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*, respecto a la obligación del empresario de contratar un seguro para asegurar el reembolso de los gastos y el pago de los perjuicios al cocontratante en caso de insolvencia? ¿Es tal regla generalizable? Por otra parte, sólo con la Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, ha quedado claro que un contrato negociado a distancia exige que también la negociación y no sólo la perfección del mismo sea llevado a cabo de la misma manera (EM, 15; aunque el art. 2 *a* no se refiere expresamente a la «negociación»), que es un aspecto que la anterior Directiva 97/7, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, dejaba sin resolver (EM, 9; art. 2.1). Ocurre, sin embargo, que el Derecho comunitario no contiene una normativa o cláusula general sobre el comportamiento antes de la conclusión del contrato (tratos preliminares) y sólo regula ciertos deberes de información: ¿debe deducirse de ellos la idea de una cláusula general que obligue a actuar de buena fe? (sobre ello, vid. PAULO MOTA PINTO [ref. *infra* § 22], 162-163).

§ 11. La finalidad del Grupo es sistematizar el Derecho comunitario en Principios (12). La creación de principios del *acquis communautaire* exige la consecución de los siguientes estadios, íntimamente relacionados entre sí:

a) inventario de los materiales que hoy forman el *acquis communautaire* y que afectan al Derecho de contratos, así como la determinación de su contenido;

b) la sistematización de las reglas que afecten al Derecho contractual, a partir de las reglas que presentan aspectos comunes y la detección de las contradicciones que existan entre los instrumentos que se ocupen de una determinada materia;

c) el tercer paso supone profundizar en las reglas jurídicas del derecho contractual comunitario y proceder a la generalización y plasmación concreta de principios, en la medida en que el estudio lo permita. Ello implica pasar de la especialidad a la generalización, pero teniendo muy en cuenta que tal especialización —vgr. protección del consumidor, protección del trabajador— debe poder permitirlo. Se trataría de ver si y en qué medida la legislación, que es fruto o resultado de la adopción de políticas de protección concretas y determinadas, puede ser susceptible de ampliación;

(10) Traducción de varios profesores en 44 (2003), *Revista Jurídica del Notariado*, 299-396.

(11) SCHULTE-NÖLKE-VOGEL, «Europäische Forschergruppe», 752.

(12) SCHULZE, «Textos Básicos», en Vaquer-Espiau (eds.), *Bases*, 635-636.

d) finalmente, deben proyectarse los resultados alcanzados a un ámbito de discusión europeo, lo cual implica su publicación, la organización de congresos y la dirección de nuevos trabajos de licenciatura o tesis doctorales. Todo ello podrá dar lugar y ser la base, a su vez, de nuevas investigaciones.

D. LOS EDITORES

§ 12. Son tres juristas alemanes: el Profesor Doctor REINER SCHULZE y el Doctor MARTIN EBERS, de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, y el Doctor HANS CHRISTOPH GRIGOLAIT, de la Ludwig-Maximilians-Universität München. Junto con otros profesores de la misma nacionalidad forman el equipo alemán del Grupo *Acquis*. Los tres son conocidos por sus investigaciones en el ámbito europeo comunitario del Derecho Privado y además el Profesor SCHULZE también por su intensa contribución a la difusión de volúmenes colectivos de los que, sólo o en colaboración, es coeditor, y por la dirección de proyectos de investigación europeos. Él es, además, el Director del *Centrum für europäisches Privatrecht* de la Universidad de Münster y uno de los fundadores de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

E. FINALIDAD DE LA OBRA Y CONTENIDO

§ 13. La finalidad del libro es mejorar la coherencia del *acquis* a base de profundizar en algunos de los aspectos relacionados en el punto 63 de la última Comunicación de la Comisión Europea de 12 de febrero de 2003 (COM [2003] 68 def) (13). Esto es «[...] normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos [...]».

§ 14. La primera conferencia introductoria del Profesor Doctor REINER SCHULZE explica la conexión entre los contenidos, las orientaciones metodológicas, así como el material básico de estudio que, principalmente, es el acervo comunitario existente, pero también el *soft law* que pueda ayudar a complementarlo o corregirlo, la jurisprudencia del TJCE, el derecho uniforme de los Convenios internacionales, así como cualquier otra disposición que, aún no siendo de Derecho Privado, o no especialmente relativa al Derecho de contratos, afecte al tema en estudio. Aunque la coordinación de las reglas del acervo comunitario con las que existan en los ordenamientos nacionales y otros proyectos de unificación no está excluida (vid. especialmente las contribuciones de SILVIA FERRERI, HANS CHRISTOPH GRIGOLAIT, MATTHIAS E. STORME, ref. *infra* §§ 19, 26-27), el núcleo básico del estudio viene determinado por el Derecho comunitario del consumo contenido en las Directivas, razón por la cual una parte del libro, la primera de las cuatro que lo componen (I. Aspectos generales del Derecho del Consumo; II. Formación del contrato; III. Deberes de información; IV. Sanciones), se dedica especialmente a la interpretación que de las Directivas ha realizado el TJCE —así, el letrado asistente en el TJCE, Doctor DIETER KRAUS, «Zur Verbraucherrechtlichen rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Europäischen Privatrechts» (29-48)— y

(13) DOCE C 63, de 15-3-2003.

a las previsibles e hipotéticas tendencias en su desarrollo, a la vista de un derecho nacional como el francés (vid. Profesora Doctora JUDITH ROCHEFELD y Profesor Doctor DIMITRI HOUTCIEFF, «Perspectives de développement du droit communautaire en matière du droit de la consommation», 49-81).

a) PARTE I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DEL CONSUMO

§ 15. A juzgar por las conclusiones del Doctor DIETER KRAUS, de momento no parece posible perfilar un canon jurisprudencial de interpretación sistemática en relación con el Derecho del consumo, debido a la disparidad terminológica utilizada por el legislador comunitario y la diferencia de soluciones dadas en las numerosas Directivas. Sin embargo, sí que es obra de la jurisprudencia del TJCE la creación de un concepto de consumidor «activo e inteligente» al que el mismo se refiere en varias sentencias a propósito de la información que éste tiene derecho a recibir. El Doctor KRAUS cree generalizable este concepto, lo cual permite resolver el espinoso problema de la lengua en la que se supone que éste debe poder entender la información que se le proporciona. El lector interesado en el tema también encontrará en el artículo un exámen de todas las sentencias dictadas por el TJCE en la interpretación de Directivas sobre Derecho contractual y sobre responsabilidad por productos, una explicación de los métodos utilizados y la manera de proceder en cada caso, así como los criterios de interpretación y el recurso a las soluciones ya conocidas, referidas a la eficacia directa de las Directivas —constata la impracticabilidad de la teoría en Derecho del consumo, puesto que reconocer un derecho a un particular supondría dejar desprotegido a aquél frente a quien se reclamase— y la responsabilidad del Estado por la falta o incorrecta transposición. Además, el autor alude al progresivo desplazamiento del uso del Derecho internacional privado en materias todavía no armonizadas, por la preferente aplicación de las libertades comunitarias reconocidas en el TCE. Aunque esto ya no pertenece necesariamente —no exclusivamente, al menos— ni al Derecho del consumo ni tampoco al Derecho privado (14).

§ 16. A pesar de no ser finalidad del libro el estudio de los Derechos nacionales —tampoco es propio de la metodología del Grupo *Acquis*—, en algún caso es necesario poder servirse de la ciencia jurídica de los ordenamientos jurídicos nacionales, con dos finalidades principalmente: para detectar contradicciones e imperfecciones de la legislación comunitaria —aproximación que parcialmente se encuentra en el trabajo del Profesor Doctor BYDLINSKI (vid. ref. *infra* § 20)— y, además, para mostrar hasta qué punto los conceptos y el sistema nacionales pueden ser un complemento útil para la evolución del *acquis communautaire*, que es la perspectiva reflejada en el estudio coordinado por los profesores JUDITH ROCHEFELD y DIMITRI HOUTCIEFF (Université de Maine, Atelier de Droit d'Obligations de l'UMR de Droit comparé de Paris I). Efectivamente, en un artículo que pone de relieve cuáles y cuántas son las disgresiones y convergencias entre el Derecho francés del

(14) Sobre este punto, ESTHER ARROYO AMAYUELAS, «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho Privado. A propósito del libro de REINER SCHULZE-ARNO ENGEL-JACKIE JONES, *Casebook europäisches Privatrecht*, Baen-Baden, Nomos Verlag, 2002» (2002), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1511-1536.

consumo y el Derecho contractual comunitario, los autores destacan por encima de todo lo que de convergencia hay en ambos sistemas. Y, lo que es más importante, ésta propiciada en muy buena medida por el hecho de que parte del Derecho francés del consumo preveía soluciones que luego han sido adoptadas por numerosas Directivas. Es el caso, vgr., del derecho de retractación unilateral del consumidor o el de los deberes de información en determinados casos. También la evolución del Derecho francés en el desarrollo de la regulación sobre cláusulas abusivas ha ido pareja a la del Derecho comunitario.

b) PARTE II. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

§ 17. Encabeza tal rúbrica el artículo del Profesor Doctor HANS SCHULTE-NÖLKE (Universidad de Bielefeld), «Funtions of Contracts in EC Private Law» (85-101) que, en un planteamiento más general que de resultados concretos, explica cuál es la estructura y función del contrato, su delimitación con otras figuras y los posibles elementos a tener en cuenta en la construcción de un Derecho contractual comunitario futuro.

Siguen a continuación otras ponencias que se ocupan de aspectos claves de la formación del contrato, tales como la determinación de su existencia y el momento de conclusión, o las cuestiones de forma y de interpretación.

§ 18. El artículo del Profesor Doctor THOMAS PFEIFFER (Universidad de Heidelberg), «Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht» (104-115), es clave dentro de la sistemática del libro y es, quizá, la contribución más sugerente de esta II Parte, más por lo que apunta que por las soluciones que proporciona, puesto que los datos normativos son escasos. Después de constatar que el Derecho comunitario no regula sino que presupone el principio de autonomía de la voluntad y el acuerdo de voluntades en la formación del contrato y que, en muchos casos, se entienden implícitos los principios del Derecho contractual de los Estados miembros, el autor aborda otras cuestiones básicas que tienen que ver tanto con posibles limitaciones a la libertad de configurar el contenido del contrato (vgr. el Derecho comunitario del consumo no es dispositivo) como a la misma libertad de contratar (en virtud de la existencia de Directivas de lucha contra la discriminación) o la vinculación contractual (en virtud del derecho de retractación unilateral). El Profesor PFEIFFER se muestra contrario a generalizar lo que, en su opinión son simples excepciones que no afectan a los principios fundamentales del Derecho contractual clásico (es interesante terciar en el debate con las lecturas de KARL RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, Gruyter, 2003, 239-249, 581 ss, que estaría de acuerdo, y de BRIGITTA LURGER, *Vertragliche Solidarität. Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 129-139, que no). Otras cuestiones a las que el autor alude es la falta de determinación, en el Derecho comunitario, sobre si debe atribuirse preferencia a la declaración de voluntad o a lo efectivamente querido por las partes, aunque el artículo 11 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales podría decantar la balanza a favor de la primera y ello en beneficio de la seguridad del tráfico. En cuanto a los vicios de la voluntad, lo único que regula el Derecho comunitario es el derecho de revocación unilateral, como remedio a una declaración realizada por sorpresa y sin posibilidad de comparar otras

ofertas o adoptada sin los conocimientos necesarios, pero todo ello sólo en el contexto de una forma de contratación determinada. Lo cual limita, por tanto, la adopción generalizada de un derecho de revocación unilateral. En relación con el momento de perfección del contrato —en el instante en que se cruzan las voluntades, esto es, preferentemente en el momento en que la declaración de aceptación llega a conocimiento de la otra parte (*ex* Anexo 1 *k* de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*)— el autor constata que éste queda desdibujado por la importancia que alcanza la fase precontractual en las Directivas. Esto quizá permitiría considerar la pérdida de importancia de ese «momento mágico» al que el autor alude, en beneficio de una concepción de la formación del contrato como proceso. Y, en fin, por señalar sólo algunas más de las cuestiones tratadas por el autor, el requisito de claridad y certidumbre de los acuerdos contraídos —que es un tema que afecta a la conclusión del contrato entendiendo la expresión *lato sensu*— se obtiene a base de recurrir a las previsiones que dictan reglas sobre el deber de información, así como al principio de transparencia contenido en la Directiva 93/13 (art. 5.1). Confirmado por el artículo 23 del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las resoluciones judiciales, celebrado en Bruselas el 26 de mayo de 1989, que también prevé el deber de información al agente diplomático o funcionario consular competente de los litigio acaecidos entre las personas que el precepto señala.

§ 19. A la vista de la interdependencia entre la conclusión del contrato y su contenido, los editores incluyen un tema de interpretación. Se ocupa de él la Profesora Doctora SILVIA FERRERI (Universidad de Turín), «The interpretation of Contracts from a European Perspective» (117-140), quien analiza los cánones a los que el legislador comunitario recurre ante la falta de claridad de los contenidos de un contrato o los que el juez, en determinados ámbitos, deduce a partir de una interpretación sistemática, finalista, basada en el principio de conservación del contrato y, otras veces, mediante el recurso a la buena fe. Entre las pocas reglas que el Derecho comunitario dedica a la interpretación del contrato destaca la contenida en la Directiva 93/13, «*contra proferentem*» (art. 5), que luego también adoptan otros textos de Derecho uniforme (art. 5103 Lando; art. 4.6 Unidroit) y que encuentra aplicación a, por ejemplo, la Directiva 1999/44, de 25 de abril de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (art. 6.2), supuesto que ésta persigue el *favor consumatoris*. Es un principio más de integración que de interpretación que la autora sitúa en su contexto histórico y de Derecho comparado, incluido el Derecho inglés. Además, la Profesora FERRERI deduce otros posibles cánones de interpretación del contrato a utilizar por el juez, a partir de conceptos indeterminados que aparecen en las Directivas, tales como «razonabilidad», «buena fe», «proporcionalidad» o «prohibición de ir contra los actos propios». Y aventura hipótesis en las que, seguramente, el tribunal se decantaría por la aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento injusto. Con todo, reconoce que tales estándares no se refieren tanto a la interpretación cuanto a la política que debe informar la eficacia del contrato.

§ 20. Finalmente, la Parte II concluye con la conferencia del Profesor Doctor PETER BYDLINSKI (Universidad de Graz), «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung» (141-154). El autor trata de averiguar qué es forma en el Derecho comunitario y qué función cumple. Muchas veces se está tan sólo ante exigencias de prueba o de contenido que, por otra parte,

no son más que consecuencia de un deber previo de información. Dada la evidente interacción entre las exigencias formales y el cumplimiento de deberes de información y puesto que éstos son analizados en los capítulos inmediatamente siguientes, la ubicación de la contribución del Profesor BYDLINSKI es adecuada. Sin embargo, debe hacerse notar que el autor no se ocupa de la vinculación entre forma y contenido o, dicho de otra manera, de la forma en que debe canalizarse la información proporcionada, sino que, tras explicar las diferentes formas contractuales que existen en el Derecho comunitario, sólo fija su atención en la forma exigida para la conclusión de un contrato y, esencialmente, en el ámbito del Derecho del consumo. Para el autor no queda claro qué función cumple la forma en el Derecho comunitario. Tampoco se entiende siempre lo que deba entenderse por «escritura»: ¿puede considerarse cumplido tal requisito antes de proceder a la firma? Las exigencias formales no van acompañadas normalmente de las consecuencias que deberían derivarse de su infracción, puesto que ésta es una cuestión que las Directivas abandonan a la consideración de los Estados miembros. Tras un análisis de diversas normas comunitarias, el autor concluye un principio general según el cual el Derecho comunitario no sancionaría la ausencia de forma con la nulidad (*ad ex.* art. 13.2 de la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de las disposiciones de los Estados miembros sobre los agentes comerciales independientes*) pero advierte que, en cualquier caso, la ausencia de reglas claras obliga a una interpretación casuística que, entre otros cánones, debe tener en cuenta el efecto útil del Derecho comunitario (la finalidad de la Directiva). El Profesor BYDLINSKI expone ejemplos de Derecho austríaco y alemán que ilustran diferentes soluciones en la transposición de una misma Directiva, lo cual, en definitiva, demuestra lo perjudicial que puede ser para la seguridad del tráfico la indeterminación de las consecuencias jurídicas de la contravención de la forma. Ni siquiera es posible saber si la transposición de los Estados miembros cumple con los estándares mínimos de protección exigidos por la Directiva en cuestión. Propone, en todo caso, una legitimación para impugnar por defectos de forma limitada a quien resulte perjudicado por su infracción y estima deseable limitar las exigencias de forma a sólo ciertos aspectos de las transacciones comerciales.

c) PARTE III. DEBERES DE INFORMACIÓN

§ 21. En el conjunto del libro, sin duda el protagonismo corresponde a los estudios que se ocupan de los deberes de información. La información es necesaria para poder configurar libremente la voluntad contractual y, por eso, en el actual Derecho comunitario constituye un elemento clave para la existencia y vinculación jurídica de un contrato. Incluso, como ya se ha dicho, para la determinación de su contenido. De la posibilidad de obtener principios generales en torno al derecho de información se ocupan el Profesor Doctor PAULO MOTA PINTO (Universidad de Coimbra y Juez del Tribunal Constitucional de Lisboa), «Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht» (157-170), a partir del análisis de las Directivas 97/7 (ventas a distancia) y 2000/35, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. Y el Doctor MARTIN EBERS (Universidad de Münster), «Informations und Beratungspflichten bei

Finanzdienstleistungen: Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze» (171-190), en relación con los servicios financieros.

§ 22. ¿Son generalizables las reglas que acerca del derecho de información prevén las Directivas 97/7 y 2000/35? El Profesor MOTA PINTO se muestra claramente partidario de la respuesta negativa. Para llegar a tal conclusión analiza primero la razón de ser del derecho de información en ambos casos: éste no es otro que el de proteger al consumidor —a la colectividad— en el uso de las técnicas a distancia. El autor llega a afirmar que los deberes de información en el comercio a distancia y electrónico tienen una función parecida a la de la lealtad competencial en el marco del derecho de la competencia. Pero el Profesor MOTA PINTO estima difícilmente generalizable aquello que está íntimamente vinculado con la protección del consumidor o de la parte débil en una determinada relación jurídica. Es decir, no hay una regla general en el Derecho comunitario que prevea un derecho general a la información y, cuando existe, es en el ámbito del Derecho del consumo. Las características del deber de información en ambas Directivas son las siguientes: se deben proporcionar las informaciones esenciales, la información debe ser inteligible, debe ser accesible para el cliente y debe ser tempestiva. Consta que el Derecho comunitario no siempre regula sanciones —y no siempre de Derecho Privado— por contravenir el deber de información y que las que se prevén no siempre son homogéneas. Todo eso dificulta la construcción de un Derecho unitario europeo de contratos; en realidad, el autor tacha de muy poco útil las actuales previsiones para la armonización europea y se pregunta retóricamente si es posible regular el derecho de información sin armonizar bien las consecuencias de su infracción. Concluye afirmando la tendencia a la formación continuada del contrato y no ya *uno actu* en el que la información tiene un papel relevante para protencionar y preservar la autonomía privada.

§ 23. El Doctor MARTIN EBERS trata de sistematizar los deberes de información y de asesoramiento (distinción cuidadosamente realizada: los primeros no implican consejo y la valoración personal de la información recibida corresponde al consumidor, mientras que, por el contrario, el asesor debe realizar una valoración cualificada en función del cliente que tiene ante sí) en la regulación de los contratos de servicios financieros. Se analizan principalmente las siguientes disposiciones: Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*; Directiva 2002/92, de 9 de diciembre de 2002, *sobre la mediación en los seguros*; Reglamento 2560/2001, de 19 de diciembre de 2001, *sobre los pagos transfronterizos en euros*; Directiva 97/5, de 27 de enero de 1997, *relativa a las transferencias transfronterizas*; Directiva 93/22, *sobre servicios de inversión*; Directiva 92/49, de 18 de junio de 1992, *por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida* (tercera Directiva seguro no de vida); Directiva 85/611, de 20 de diciembre de 1985, *por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios*. Una de las críticas que realiza el autor es la falta de coherencia entre los deberes generales de información y los específicamente derivados de la técnica concreta de comunicación utilizada. Por ejemplo, la Directiva 2002/65 (servicios financieros a distancia) establece, en el artículo 3.2, la obligación de proporcionar determinada información como consecuencia directa de la distancia en la contratación, pero también establece un deber de proporcionar información general. Lo

cual implica, en definitiva, que los deberes de estas empresas respecto a estos productos sean mayores que los de otras que comercian con los mismos pero a la manera tradicional. La información en el ámbito de los servicios financieros es particularmente importante, no sólo por su abundancia sino, sobre todo, por la complejidad de la materia tratada. Para evitar esto último existen dos alternativas: la reducción, a través de su estandarización o la transformación de la misma por parte de los intermediarios financieros. A este respecto, el Doctor EBERS hace notar que el Derecho comunitario europeo cuenta ya con la regulación básica para crear un futuro sistema unitario de intermediarios financieros en Europa.

§ 24. En otro orden de consideraciones, el Profesor Doctor SJEF VAN ERP (Universidad de Maastricht), «Information in Contract Property Law: Some Cross-Border Remarks» (191-199) propone tener en cuenta, en el ámbito contractual de los deberes de información, los requisitos y exigencias de la publicidad que se dan en otros sectores, señaladamente, el de los derechos reales (*property law*). El Profesor VAN ERP trae a colación el Derecho holandés, como punto de partida para establecer la importancia de los deberes de información y acaba explicando el papel que alcanza el deber de publicidad en el *paper* recientemente publicado por la Scottish Law Commission, «on Registration of Rights in Security by Companies» (Registro de Derechos de garantía otorgados por o a favor de Sociedades). Se trata, en todo caso, de tener en cuenta que el deber de información puede afectar a la parte contractual, pero también a terceros.

§ 25. De cómo aborda la infracción del deber de información el *soft law* que, por cierto, no tipifica expresamente tales deberes, se ocupan el Doctor HANS CHRISTOPH GRIGOLAIT (Universidad de München), «Irrtum, tauschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles» (203-230), y el Profesor Doctor MATTHIAS E. STORME (Universidad Antwerpen), «Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law» (231-242). Aparentemente, la ubicación de ambas ponencias debiera corresponder al apartado siguiente. Si los editores las han incluido aquí es porque no se trata tanto de explicar las sanciones previstas o deseables como consecuencia de la infracción de unos determinados deberes de información (Parte IV, referida exclusivamente al Derecho comunitario) cuanto de, a partir de la tipificación de determinados supuestos de hecho o remedios concretos, extraer el deber de información que en ellos subyace.

§ 26. El Doctor GRIGOLAIT estudia los problemas de información que afectan a la eficacia del consentimiento (error, engaño), en la que sin duda es la contribución más larga, densa y compleja del libro. Se analizan las reglas que en el Derecho uniforme (Principios Lando y Unidroit y, en mucha menor medida, el Anteproyecto Gandolfi) suponen deberes de información y las que regulan las consecuencias de su infracción que, normalmente, aparecen en sede de validez o eficacia del contrato en relación con los vicios del consentimiento. Después de analizar las normas sobre el error y el engaño y los elementos que se consideran relevantes para entender infringido el deber en ese contexto, el Doctor GRIGOLAIT analiza los remedios propuestos (art. 4:112-116 Principios Lando): impugnación, modificación del contrato (solución que estima la más ventajosa) o indemnización de daños y perjuicios. A esta exposición descriptiva sigue su análisis crítico. Algunas de las conclusiones a las que llega el autor es que se debería unificar el supuesto de hecho a partir del cual debe entenderse que ha habido infracción del deber de información y,

además, que es conveniente establecer con precisión la relación entre la sanción a la información engañosa y los supuestos en que existe tal deber de información. Tampoco está de acuerdo en el fundamento que justifica la impugnación, según el error sea esencial o bien la información proporcionada engañosa.

§ 27. El Profesor STORME efectúa, en general, un recorrido por las principales reglas de los Principios Lando que, directa o indirectamente, se refieren a los deberes de información. Antes, el autor perfila un cuadro general de los remedios posibles en los Principios Lando: compensación de daños —interés negativo— como consecuencia de la violación de un deber; ejecución forzosa como consecuencia de la infracción de una obligación [vgr. proporcionar por escrito una información] o, derivado de lo que el autor califica como infracción de cargas, la pérdida de un derecho en caso de omisión de la información debida o, todo lo contrario, la vinculación a la información dada en propio perjuicio. El autor deduce la naturaleza y función de las sanciones únicamente cuando el problema es la información incorrecta, tardía u omitida.

d) PARTE IV. SANCIONES

§ 28. El estudio del deber de información incluye el planteamiento de hipótesis que permitan saber cómo debería afectar a la eficacia del contrato su infracción, que es una cuestión que normalmente se deja a la consideración de los Estados miembros y, por tanto, que tan sólo está resuelta de forma parcial, fragmentaria y no homogénea por algunas Directivas. De ello se ocupan las ponencias del Profesor Doctor THOMAS WILHEMSSON (Universidad de Helsinki), «Private Law remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law» (245-265), el Profesor Doctor HANS PETER SCHWINTOWSKI (Universidad Humbolt, Berlin), «Informationspflichten und effet utile-Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem» (267-290), y el Profesor Doctor ULRICH MAGNUS (Universidad de Hamburg), «Rechtsfolgen im Acquis communautaire» (291-312), tal y como se explica a continuación.

§ 29. Tras afirmar el predominio de los deberes de información en las Directivas sobre el Derecho del consumo (aunque no sólo en ellas), el Profesor WILHEMSSON duda del peso específico que actualmente tengan tales deberes en el Derecho contractual comunitario, supuesto que éstas, como ya se ha dicho, ni tan siquiera prevén las consecuencias (de Derecho Privado) de su infracción. El Profesor WILHEMSSON analiza el tipo de información exigido en cada Directiva y las soluciones previstas en caso de inobservancia del deber de proporcionarla. Algunas son comunes (vid. cuadro ejemplificativo en pág. 262) y otras podrían generalizarse a partir de las Directivas 99/44 y 93/13, que también prevén un deber de información, aunque no directamente y no de cualquier clase. En primer lugar, el Profesor WILHEMSSON deduce un deber general de información del artículo 2 de la Directiva 99/44 con el siguiente argumento: si los bienes no cumplen con las exigencias de uso ordinario o la calidad que cabe suponer en las expectativas del consumidor, el vendedor estaría obligado a informar a éste de ello (de otra opinión, MAGNUS [ref. *infra* § 30], 301). Por tanto, si la falta de conformidad deriva de la falta de información, también podrían aplicarse a este caso los remedios del ar-

título 3. Y puesto que el consumidor podría llegar incluso a rescindir el contrato, resulta que, desde un punto de vista práctico, el resultado es el mismo al que se llega con el ejercicio del derecho de revocación, que en otros casos se concede al consumidor cuando éste no recibe la información prescrita. De ahí podría deducir el autor un argumento para generalizar el deber de revocación a todos los casos en que se infringiera el deber de información (íd. *ex art. 6:108 Principios Lando*). Con todo, el Profesor WILHEMSSON concluye que la información a que se referiría la Directiva se limita a la calidad y prestaciones del bien y, por tanto, seguramente el remedio aludido no podría generalizarse a otro tipo (vgr. información sobre las partes o el precio). Sí que sería posible, sin embargo, extender la solución a otro tipo de contratos, no necesariamente de compraventa. En las ventas a distancia, supuesto que no se proporcione información sobre las principales características de los bienes y servicios (art. 4 b), es obvio que la simple infracción del deber no podría considerarse suficiente para invocar el artículo 2 de la Directiva 99/44 (falta de conformidad) si la calidad y prestación del bien fuere claramente aceptable; pero, en cambio, sí que permitiría alegar que la infracción del deber ha privado al consumidor de efectuar una decisión informada. Y debe reconocerse que ello puede afectar a las legítimas expectativas que éste tenía sobre los bienes, a pesar de que éstos pasen el test de calidad. El remedio, pues, debería ser el mismo.

A la Directiva 93/13 atribuye el Profesor WILHEMSSON el reconocimiento implícito del deber de información en la medida en que la misma establece el principio de transparencia y buena fe en la negociación. La Directiva se referiría a la información que afecta a los términos en que se celebra el contrato [Anexo (1) (i)], esto es, su duración, los mecanismos para hacerlo efectivo o los códigos de conducta que deben guiar su ejecución. Puesto que tal información debe ser proporcionada claramente y de manera inteligible (art. 5), ello justificaría la exigencia de deberes posteriores de información (aclaración). Una vez constatado que la Directiva contempla tal deber, el autor analiza entonces los remedios previstos: nulidad de las cláusulas oscuras, interpretación *contra proferentem* o, en última instancia, nulidad del contrato (arts. 5 y 6). De nuevo, los efectos prácticos de tal solución son los mismos que se dan en otras Directivas que prevén su cancelación, rescisión o revocación unilateral. Según el autor, los principios sobre los que se asienta la Directiva —la transparencia— permitirían entender aplicables los mismos a otro tipo de información, vgr. la referida al precio o al cumplimiento, supuesto que se infrinja el requisito de claridad y comprensibilidad del lenguaje (art. 4.2). Y añade que la sanción de tener por no puesta la cláusula o el término oscuro debería generalizarse a todas las Directivas que prescriben el deber de información sobre los términos del contrato (vgr. art. 4.1 i de la Directiva 97/7 o art. 3.1.4 a de la Directiva 2002/35).

§ 30. En la misma línea, aunque en un estudio mucho más global, la principal aportación del Profesor Doctor MAGNUS radica en la sistematización de supuestos de hecho y consecuencias, detectando las lagunas existentes y las bases para una posible generalización de remedios. En esto coincide con la perspectiva del Profesor STORME (ref. *supra* § 27) —que, como se ha dicho, circunscribe el tema a los Principios Lando— y demuestra, con vocación de generalidad, lo mismo que el Profesor WILHEMSSON ya apunta en la primera parte de su trabajo. La conclusión y, a la vez, punto de partida, es un dato ya conocido: el legislador europeo ha incrementado cada vez más los deberes de

información, pero no siempre ha previsto las consecuencias de su infracción. Y no tiene sentido un deber sin la correspondiente sanción, aunque a veces existe la posibilidad de entablar una acción colectiva (no de derecho privado). Constata el Profesor MAGNUS que, en caso de información falsa, el remedio es la indemnización (así, en los viajes combinados, la protección de datos o la responsabilidad por productos) y si lo que hay es omisión, posibilidad de prórroga del derecho de revocación (vgr., negocios fuera de establecimientos comerciales, a distancia o *time-sharing*). Admite que no tiene sentido la pretensión a la obtención posterior a la celebración del contrato de una información que era necesaria antes de su conclusión para poder tomar una decisión consciente y adecuada.

§ 31. Finalmente —aunque, en realidad, no es esta conferencia la que cierra el libro, sino la anterior del Profesor MAGNUS—, el Profesor Doctor SCHWINTOWSKI desde una perspectiva crítica, apuesta por considerar que el Derecho comunitario —las Directivas— ya lleva implícito un sistema de sanciones para la consecución de las finalidades previstas que los Estados miembros no pueden desatender en el momento de la transposición. El autor se sirve de la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimientos comerciales) para constatar que las consecuencias del ejercicio del derecho de revocación son distintas en cada Estado miembro. Según el Profesor SCHWINTOWSKI, reforzar el efecto útil del Derecho comunitario exige procurar que las leyes de transposición en cada país prevean efectos comunes para el caso de contravención. Para ello es necesario descubrir cuáles son las ideas inmanentes a la Directiva y, de esta manera, poder cumplir con su finalidad. Ello exige, en muchos casos, deducir el sistema de sanciones que está implícito. El autor apoya su tesis en numerosa jurisprudencia del TJCE y, recientemente, en la STJCE 12-3-2002, *Leitner*, a propósito de la resarcibilidad del daño moral (implícito) en la Directiva 90/314 (viajes combinados).

D. CONCLUSIÓN

§ 32. El libro editado por los Profesores SCHULZE, EBERS y GRIGOLAIT es, sobre todo, original: tanto por el método como por el contenido —lo es sobre todo el estudio de los deberes de información— y sumamente sugerente, puesto que abre nuevas perspectivas en el desarrollo del Derecho contractual comunitario. Y aún lo que es más importante: reclama el protagonismo de la dogmática del derecho para llevarlo a cabo. Las propuestas que el libro contiene son sensatas, pertinentes y, en la mayoría de los casos, creativas. Precisamente porque el mismo proporciona una visión sistemática de (una parte del) Derecho contractual y a la vez transversal de las normas, la recopilación de los quince trabajos que integran este volumen colectivo supone un gran primer paso en lo que aún se avista como un largo camino hacia la consecución de un Derecho contractual europeo coherente y técnicamente perfecto.

§ 33. El mérito de los autores, por llevarlo a cabo, pero sobre todo de los editores, por proponerlo, radica en saber detectar exactamente los problemas para, así, poder formular las preguntas adecuadas y, en su caso, obtener respuestas que permitan buscar soluciones satisfactorias. Uno de los problemas radica en determinar qué debe entenderse por laguna en Derecho comunitario y, por el contrario, qué es omisión deliberada, teniendo en cuenta que en buena parte éste presupone vigentes los ordenamientos jurídicos na-

cionales. Por ejemplo, tal y como recuerdan algunos autores (vgr. MOTA PINTO, pág. 169), resulta que el legislador europeo no ha regulado todavía la responsabilidad derivada de *culpa in contrahendo*, esto es, en la fase de negociación: ¿debe cubrirse una laguna recurriendo a la regulación prevista en los ordenamientos nacionales? ¿Qué pasa cuando el consumidor renuncia a su compromiso antes de la celebración del contrato? No hay ningún precepto en las Directivas comunitarias que se ocupe de ello (15).

A veces es suficiente con utilizar la analogía (16). Un ejemplo: la Directiva 97/7 (ventas a distancia) prevé una regla sobre revocación (art. 6.1), pero no queda claro cuál es la tempestividad de su ejercicio. No se sabe si es suficiente con emitir la declaración en período hábil para revocar, aunque tal declaración llegue a la contraparte una vez transcurrido el plazo o si, por el contrario, es necesario que la notificación de revocación llegue a la contraparte antes de que tal plazo expire. Sin embargo, el artículo 5.2 de la Directiva 94/47, sobre *time-sharing*, pone el acento en el momento en que se emite la declaración (17) y, en ese mismo sentido, ya antes el artículo 5.1 de la Directiva 85/577 (contratos fuera de los establecimientos comerciales), que se refiere «al respeto del plazo» especificando que la notificación debe expedirse antes de su transcurso. Idéntica precisión se aprecia en Directivas subsiguientes en relación con esta misma cuestión. Recientemente, el artículo 6.6 de la Directiva 2002/65 (comercialización a distancia de servicios financieros), no permite dudar que la notificación se considera hecha dentro de plazo si se envía antes de expirar el mismo con las condiciones de forma que, además, el artículo también exige.

§ 34. El libro que aquí se trata no soluciona todos los problemas: hay infinidad de cuestiones no abordadas, pero igualmente vinculadas con los temas planteados, como por ejemplo, ¿qué papel juega la información en la interpretación del contrato?, o ¿qué debe entenderse por oferta contractual vinculante?, o ¿cuál es la regulación sistemática de los derechos de revocación? Pero, naturalmente, los temas a tratar ni pueden ni deben agotarse en sólo trescientas páginas. Por eso, uno de los méritos del libro es que el mismo constituye el inicio de nuevas propuestas. Efectivamente, la mejora del *acquis communautaire* del Derecho de contratos implica abordar tanto temas que afectan tanto a la preparación y celebración del contrato, como a su contenido, incumplimiento y extinción.

§ 35. Ahora el método es conocido y los temas a tratar también —vid. la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de febrero de 2003 (COM [2003] 68 def., núm. 63 b)— (18). Y no deberían faltar, entre nosotros, juristas que se plantearan abordarlos. Se trata, por el momento, tan sólo de sentar las bases para la consecución de futuros principios.

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Profesora Titular de Derecho Civil (Universitat de Barcelona)

(15) STEFANO TROIANO, «Formation of contracts under EC Directives», en SCHULZE-SCHULTE-NÖLKE-BERNARDEAU, *Europäisches Vertragsrecht*, 106.

(16) IRENE KLAUER, *Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998, 111.

(17) Sobre el tema, LETE ACHIRICA, JAVIER, «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, y su aplicación en el Derecho español» (1998), *Actualidad Civil*, 536.

(18) DOCE C 63, de 15-3-2003.

NASARRE AZNAR, SERGIO: *La garantía de los valores hipotecarios*. Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña. Editorial Marcial Pons. Un tomo de 1.019 págs.

La obra *La garantía de los valores hipotecarios*, del profesor de la Universidad Rovira i Virgili, SERGIO NASARRE, que constituye su tesis doctoral, tiene no sólo un gran interés académico y doctrinal, sino también práctico.

La hipoteca es una institución esencial en el tráfico jurídico y razón de ser del Registro de la Propiedad. En base a ella, el mercado crediticio en España ha crecido inmensamente, a diferencia de los países en vías de desarrollo donde no tienen regulado un mercado hipotecario ni procedimientos ágiles de recuperación de garantías. Un mercado hipotecario moderno y económicamente eficaz requiere no sólo la regulación de los préstamos hipotecarios, sino la movilización de los propios créditos concedidos para, con la garantía de los mismos, puedan realizarse emisiones que permitan captar nuevos recursos.

Para un adecuado desarrollo económico se requiere por tanto instrumentos de movilización de la riqueza. Puede ser la propiedad misma, a través de lo que HERNANDO DE SOTO denomina «propiedad formal», esto es, mediante su formalización e inscripción; pero también puede ser la hipoteca misma a través de su titulación. A través de los intermediarios financieros se ponen en relación inversores y deudores hipotecarios, obteniendo el máximo rendimiento de los recursos.

Sin embargo, aún se puede considerar que el tamaño del mercado secundario en España es pequeño en comparación a otros países. En concreto significa el 27 por 100 respecto del PIB, cuando en países como Dinamarca, Holanda, Reino Unido, Alemania y Suecia representa un 50 por 100.

Una de las razones puede ser el desconocimiento por parte del inversor de estas figuras. De ahí la importancia de una obra como la que ahora analizamos.

SERGIO NASARRE profundiza en el estudio de las cuatro principales figuras de valores hipotecarios existentes en Derecho español: cédulas, bonos hipotecarios, participaciones hipotecarias y bonos de titulación hipotecaria.

Y lo hace siguiendo los parámetros histórico-dogmáticos propios de una buena tesis doctoral: analiza profusamente la evolución legislativa en la materia, abarcando incluso disposiciones vigentes en la entonces España de Ultramar. Aborda la diferencia entre el crédito agrícola y el crédito territorial, la creación de los primeros Bancos Territoriales y la situación deplorable en orden a la circulación de la riqueza existen antes de la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861. E instituciones precarias e incipientes que cumplieron incipientemente las funciones del préstamo, como los censos y la venta a carta de gracia.

Si el análisis histórico es exhaustivo, no lo es menos el de las figuras análogas existentes en otros países, en un meritorio estudio comparado de los Derechos extranjeros. No en vano, ello supuso al autor largos períodos de estancia para el estudio *in situ* de los mismos. En particular los sistemas alemán (fruto de la amistad del autor con el gran hipotecarista alemán STÖCKER) e inglés, pero también el francés, austríaco, suizo, belga, danés, finlandés, griego, holandés, irlandés, italiano y portugués. Para culminar en el más moderno estudio del sistema de crédito territorial en la Unión Europea.

En cuanto al fondo, lo más interesante es el estudio, en diversos capítulos, de las diversas figuras de valores hipotecarios, abarcando su naturaleza, regu-

lación, prioridad, perfección y ejecución. No en vano, un adecuado mercado secundario de hipotecas exige también quedar al margen de las posibles situaciones concursales de los deudores, cosa que ha contemplado la Ley Concursal recientemente promulgada.

Las cédulas no tienen en el mercado la importancia que se merecen. Así lo prueba SERGIO NASARRE, quizá por su inconcreción (supone una afección genérica de todos los créditos hipotecarios presentes y futuros); por la carencia de acciones específicas, lo que determina la falta de control civil por los cedulistas; y por la falta de un control administrativo efectivo, frente a lo cual el autor propone la creación de un Registro *ad hoc*. A mi juicio esta función la podría desempeñar el Registro de la Propiedad, plenamente incorporado a las nuevas tecnologías tras las imposiciones establecidas en la Ley 24/2001.

Los bonos hipotecarios tienen una verdadera naturaleza de afección real de los créditos al pago de los bonos; debe formalizarse por tanto en escritura pública, y son susceptibles de publicidad registral por nota marginal. Sí atribuyen una acción real a favor del bonista, con preferencia a cualquier otro crédito, sobre los créditos hipotecarios afectos. Lógicamente son más demandados por los inversores que las cédulas, ya que son más seguros.

Las participaciones hipotecarias son estudiadas a la luz del mercado anglosajón, ya que en su normativa —nos demuestra el autor— radica el origen de su regulación en nuestro país. La idea fundamental que permite explicar su naturaleza es la del patrimonio separado, como vía de refinanciación hipotecaria. Aunque en España se acercan más a las cesiones parciales de créditos hipotecarios, con creación *ex lege* de un mandato legal entre partícipe (mandante) y entidades emisoras (mandatarios), lo que permite explicar que el partícipe no pueda cobrar por sí mismo el crédito ni superar el cobro de intereses que cobra la entidad al deudor hipotecario.

Los fondos de titulización hipotecaria sí son verdaderos patrimonios separados, compuestos por participaciones. El fondo emite bonos y actúa como acreedor frente a la sociedad emisora de las participaciones que sirven de garantía a los bonos; y esa emisión es gestionada por una entidad gestora, cuyas diferencias son ampliamente estudiadas en el libro.

En conclusión, se trata de una muy interesante y buena obra que compagina lo doctrinal y conceptual (en particular la naturaleza jurídica de estas figuras) con lo práctico (como es el análisis de la legislación vigente en España y otros países). Manejando además instituciones colaterales muy relacionadas, como la cesión de créditos, accesoriedad de la hipoteca, preferencias credituales, régimen de insolvencia, ... todo ello dentro del sistema jurídico general regulador del crédito territorial. Digna, por tanto, de ser reseñada en una revista dirigida al análisis crítico del Derecho Inmobiliario.

JAVIER GÓMEZ GÁLIGO
Consejero-Secretario de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

G. STEIN, PETER: *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2001, 201 págs.

Hace ya algún tiempo leí este librito e hice una serie de anotaciones; no le dediqué una reseña en su momento, pero ahora me dispongo a hacerla, impulsada por una serie de coincidencias.

La primera es el haberme reencontrado con el autor, valga la expresión, al estudiar el Proyecto de código de contratos europeo (1), llamado código de Pavía, por haberse constituido en dicha ciudad la primera de las reuniones de lo que ha llegado a ser la Academia de Privatistas europeos (2). Entre ellos y de la órbita anglosajona, me encontré con la figura de STEIN (3), lo que me produjo la sensación de hallarme ante un viejo conocido, y lo que es más, la agradable sensación de comprobar que los más prestigiosos comparativistas europeos, antes de ser civilistas, han sido todos ellos expertos romanistas (4). En esta época de especialización en todos los ámbitos, no tengo más remedio que asentir con ORTEGA Y GASSET (5), que sólo el saber enciclopédico es garantía de buen hacer o, lo que es lo mismo, que cuanto más se sepa, más facilidad para afrontar los problemas y aportar las soluciones. Y esto es en lo que me parece coincide STEIN, un profesor (*Emeritus Regius Professor*) emérito de Derecho romano de la Universidad de Cambridge, que sabe muy bien de qué está tratando.

Por otra parte, el librito me resultó interesante por la manera de abordarse un tema que, en mi opinión, debería formar parte del acervo cultural de todo jurista que se precie de tal, y es el de la recepción del Derecho romano en Europa, pues ayuda mucho a entender lo que somos y por qué nos llamamos europeos. En concreto por la particular visión del autor, el cual sostiene que aun a sabiendas de que en el momento actual el Derecho romano sigue teniendo partidarios apasionados y feroces oponentes, la contribución del Derecho romano a la cultura europea debe ser revisada más detenidamente, por lo que con su libro no pretendería rivalizar con ningún otro que hiciese apo-

(1) Se trata del «Code européen des contrats», Livre I, 3.^a ed. (Milano, 2002), puede considerarse el resultado final del Congreso reunido en Pavía en 1990 sobre la unificación del Derecho europeo de contratos, que debe su gestación a G. GANDOLFI, uno de los grandes juristas europeos que más está contribuyendo a asentar sobre bases sólidas el proyecto de Unión Europea.

(2) Constituida notarialmente el 9 de noviembre de 1992, forman parte de ella importantes iusprivatistas europeos. Entre sus miembros fundadores se halla (entre otros) PETER STEIN, como observa GARCÍA CANTERO, G., en VV.AA., *Derecho Privado europeo*, cap. VII, «El Anteproyecto de Código europeo de los Contratos (Proyecto Gandolfi del Grupo de Pavía)», Colex, Madrid, 2003, pág. 209.

(3) Sobre las ponencias presentadas en el Congreso de Pavía, puede consultarse STEIN, P., *Incontro di studio su «Il futuro codice europeo dei contratti»* (Pavía, 20-21 ottobre 1990), Giuffrè, Milano, 1993, cit. por GARCÍA CANTERO, G., en VV.AA., «Derecho Privado europeo», *op. cit.*, pág. 208.

(4) Como el mismo GANDOLFI, prestigioso romanista primero, civilista después, y gran comparativista de la tradicional estirpe de los privatistas, en palabras de GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 207.

(5) ORTEGA Y GASSET, «La rebelión de las masas», en *Revista de Occidente* en Alianza Editorial, quinta edición, Madrid, 1984, págs. 123 a 133.

logía del Derecho romano (6), sino que intentaría dar una idea del carácter del antiguo Derecho romano y describir cómo sus textos han constituido una especie de «supermercado legal», en el que los juristas de diferentes períodos han encontrado lo que necesitaban en cada momento. Además, su carácter ha marcado de forma indeleble el pensamiento político y jurídico europeo. De todo esto, de cómo ha sucedido y de sus resultados trata esta obra.

El libro forma parte de la colección «Historia de Europa», pensada por el historiador alemán WOLFGANG BENZ, quien con el asesoramiento de un prestigioso consejo científico se propuso dar a conocer desde una nueva perspectiva, el panorama histórico europeo desde la antigüedad hasta el presente, para lo que se sirvió de brillantes historiadores, casi todos europeos.

Ha sido traducido al castellano por primera vez en el año 2001 (por CÉSAR HORNERO y ARMANDO ROMANOS) y también existe una traducción de la edición inglesa al alemán, de 1999, por la *Cambridge University Press*, preparada y editada inicialmente por S. FISCHER VERLAG de Alemania. El interesante prólogo que a la edición española hace JUAN PABLO FUSI, nos hace caer en la cuenta de la existencia de una Europa antes y después de ser así llamada por los fenicios, esa tierra impenetrable y boscosa que se extendía al oeste de su territorio (7). Nos presenta el objetivo de esta colección, que es incorporar al tiempo la inmensa diversidad de sus diferentes naciones y culturas, y el sentido unitario último de muchas de sus creencias, ideas, valores e instituciones.

La «Historia de Europa», proyectada y editada por WOLFGANG BENZ, prescinde deliberadamente de la historia separada de las naciones europeas, y pone énfasis, por el contrario, en el sentido de las estructuras comunes a la civilización europea: formas de vida, mentalidades, moral y comportamiento colectivos, visiones y percepciones de las cosas, la vida material, la espiritualidad. Es, en palabras de FUSI (8), *una Historia que aspira a cimentar historiográficamente el gran proyecto que Europa acometió a raíz de la Segunda Guerra Mundial, esto es, la construcción misma de la unión europea*.

Europa pues, sería un conjunto de cosas, y escribir su historia, una tarea compleja. Es verdad que Europa ha existido siempre, antes y después de ser llamada así, pero a pesar de la dificultad de fechar su nacimiento, es indiscutible que la cultura greco-romana y el cristianismo han llegado a ser los dos pilares de lo que hemos convenido en llamar civilización europea. O, lo que es lo mismo, a la Europa celta hay que añadir la influencia del Imperio romano, a su vez altamente helenizado. Y si Grecia dio al mundo las categorías del pensamiento, en suma, la cultura y el arte, Roma dio al mundo el Derecho (9). Es sobre este Derecho sobre lo que trata el libro.

El autor parte de la base de que el imperio del Derecho, esto es, la protección de los derechos individuales gracias a los procedimientos jurídicos formales, constituye uno de los valores fundamentales de la cultura europea. Su reconocimiento general se debe además a la constante presencia del Derecho romano en todas las épocas de la historia de Europa. Por ello, en una escueta

(6) El autor está pensando en *Europa und das römische Recht*, de PAUL KOSCHAKER, publicado en 1949, tal y como observa en su Introducción, pág. 3.

(7) GERHARD HERM, *Los fenicios*, Ed. Destino, Barcelona, 1976. Tomando el nombre de una princesa fenicia raptada por Zeus.

(8) Prólogo a la edición española, págs. IX-XIII.

(9) RICCOBONO, *Roma, madre de las leyes*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

exposición muy bien estructurada en cuatro partes que se corresponden con el Derecho romano en la antigüedad (I), el renacimiento del Derecho justiniano (II), el Derecho romano y la nación estado (III), el Derecho romano y la codificación (IV), presenta la historia del Derecho romano desde sus orígenes hasta nuestros días. Su inicio con la fundación de la República, la influencia que tuvo en el Derecho consuetudinario de los Estados germánicos que le sucedieron tras la caída del Imperio; la renovada importancia que adquirió en la Alta Edad Media en la Escuela Jurídica de Bolonia; su influencia en el Derecho canónico de la Iglesia y la acogida que tuvo en los nuevos Estados nacionales que surgían a comienzos de la Edad Moderna, y por último, la importancia que desempeñó durante el siglo XIX para los distintos ordenamientos del Derecho Privado en la Europa de nuestros días, se ve muy bien reflejada a lo largo de estas páginas.

Pero, para mi gusto, lo que merecería destacarse respecto del conjunto del trabajo, es el acierto con el que muestra el autor, que el movimiento europeo y las instituciones que ha generado han traído en las últimas décadas un renacimiento del interés por el Derecho justiniano como Derecho de una antigua Europa unificada, y aún más por la existencia del *ius commune*, ese Derecho que se fue formando en la Edad Media a partir del Derecho romano; un Derecho común en el que solían buscar consejo los juristas de todos los Estados europeos que trascendió las fronteras nacionales y fue expuesto en todas partes en la misma forma y en la misma lengua: el latín. Las instituciones jurídicas de la Unión Europea son frecuentemente descritas (voluntaria o involuntariamente) formando parte del comienzo de un nuevo *Ius commune*, aunque no reciba ni quiera dársele ese nombre. La diferencia, a veces pasada por alto, es que el *Ius commune* medieval fue adoptado por toda Europa voluntariamente, a través del reconocimiento de su superioridad a cualquier otra alternativa, mientras que el nuevo *Ius commune* como, por ejemplo, las normas de la responsabilidad por productos defectuosos —alega STEIN—, es impuesta desde Bruselas en interés de la uniformidad.

Por todo esto creo que hoy debería cobrar importancia el estudio del Derecho romano. Si nos atenemos a los debates existentes en torno a la unificación del Derecho Privado en los países de la Unión Europea, para algunos de los problemas que se le plantean al jurista europeo de hoy, ya tenían solución los juristas romanos de hace dos mil años. Es verdad que los principales países europeos han apostado por su estudio, y las más importantes escuelas han estado concentradas en Alemania e Italia, pero mientras que las Facultades de Derecho de las universidades italianas tienen más de cien cátedras dedicadas a la materia, la realidad en nuestro país es bien distinta, sobre todo a partir del relativamente reciente cambio en los planes de estudio en las Facultades de Derecho que lo ha relegado a un segundo plano (tal y como se desprende del descriptor de la asignatura: Derecho romano y su recepción en Europa). El Derecho romano no sólo es la base de las instituciones que conocemos, por lo que su valor no sólo entraría dentro del extenso contexto de la llamada «historia jurídica antigua» (que comprendería también otros derechos de la antigüedad), sino que su importancia también se basa en el estudio de la manera de actuar del jurista romano a la hora de resolver los conflictos que se le planteaban, lo que considero que es de inestimable valor para la formación de futuros juristas. Además, a pesar del fenómeno de la codificación (más bien, las codificaciones), subsisten excepciones, y por tanto el Derecho romano sigue siendo aplicable de una manera modernizada. Tal es

el caso de la República de San Marino, que rechazó la idea de un Código Civil y aplica todavía el no codificado *Ius commune*. Por otra parte, en el caso de los sistemas jurídicos codificados, en los que el Derecho Civil romano ya no tuvo ninguna aplicación en los tribunales, su espíritu todavía está presente en forma de principios jurídicos generales. Pero no sólo eso. Su influencia está presente hasta tal punto que el autor llama la atención, sobre un caso inglés de 1987, referente a los derechos de dos partes cuyo petróleo había sido mezclado en la bodega de un petrolero. El juez tuvo en cuenta ciertos viejos casos ingleses que sugerían que cuando la mezcla había sido hecha equivocadamente por una de las partes, la otra estaba autorizada para hacerse con la totalidad del petróleo mezclado. Afirmando que era libre para «adoptar la regla que la justicia requería» procedió a aplicar la regla romana de la *confusio*. Según ésta se habría dividido el petróleo entre las partes, de acuerdo con sus respectivas cuotas y acordado una demanda separada por daños para cualquier pérdida causada por culpa (1.2,1,27). Creo que este ejemplo puede servir de apoyo para la defensa que el autor hace sobre la vigencia del Derecho romano. A mí me convence, pues es uno de tantos supuestos que, en caso de duda, podrían resolverse (10).

Obrita que merece leerse y releerse, en suma, tener a mano, recomendable no sólo al estudioso del Derecho romano, sino a todo privatista y a cualquier lector interesado en temas comunitarios.

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LL.
Profesora Ayudante de Derecho Romano

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.^a LOURDES: *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, 558 págs.

Desde que en 1981 se reformara el Código Civil en la regulación del matrimonio y de sus crisis jurídicas, la doctrina científica (singularmente la procesal y civil) ha elaborado valiosísimos estudios del régimen de nulidad, separación y divorcio en el matrimonio. Bien es verdad, por otra parte que, probablemente por la influencia de ciertas corrientes vigentes en la sociedad, ha sido la regulación del divorcio la que, también por su novedad, mayor interés ha concitado, al extremo de que la Ley de 7 de julio de 1981 es más conocida como *Ley de divorcio*. Ciertamente no se iban a alcanzar hasta mucho tiempo después las estadísticas que auguraba la propia necesidad de la Ley de divorcio, pero la importancia de su reintroducción no era para menos. Justificaba sobradamente la curiosidad un fenómeno recogido en las leyes de buena parte de los estados modernos, cuyo reconocimiento a veces ha merecido ser considerado un índice o indicio de las libertades civiles, y que se había desterrado de nuestro Ordenamiento jurídico cuando la razón de las armas acabó con la breve vigencia de la Ley de Divorcio republicana de 1932.

(10) Así el caso de la reclamación de las cuotas de la herencia por parte de los herederos. Los romanos, por medio de la *hereditatis petitio*, solucionaban algunos de los problemas que hoy se plantean cuando son varios los que reclaman su parte.

Es muy posible que el propio entusiasmo por esclarecer el nuevo régimen del divorcio vincular haya propiciado un descuido, relativo, de la importancia de otras situaciones de crisis matrimonial, y señaladamente de la separación. De ser así, como digo, no tendría por qué causar extrañeza, ya que el propio legislador ha contribuido a atribuir a la separación un carácter accesorio del divorcio vincular, cuando se facilita éste habiéndose obtenido previamente una sentencia de separación. Es decir, se considera que, en la práctica, la separación suele tener carácter instrumental del divorcio, siendo aquélla una situación, en el común de los casos, que tiende a preparar otra definitiva, cual es el divorcio. Así podría resumirse de una manera muy simple lo que en cuanto a las crisis matrimoniales ha acontecido a partir de los años ochenta hasta aquí.

Son ociosas, en este momento, las consideraciones que puede merecer la regulación actual del divorcio en nuestro país, y la mayor o menor facilidad con que en cada caso puede obtenerse. Me interesa sin embargo destacar que algo está cambiando en el tratamiento de las crisis matrimoniales y en las propias concepciones sociales a este respecto. Resulta a esas alturas innegable que las crisis matrimoniales y por extensión las crisis de pareja, como fenómeno muy difundido en las sociedades contemporáneas, es causa de preocupación para los sociólogos, los educadores infantiles, para quien desea establecer un proyecto de vida en común con otra persona, y poco a poco también para el legislador. En cuanto a este último, baste considerar la trascendencia que está encontrando en nuestro país (en particular en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Galicia y Canarias, que ya han legislado sobre la materia, encontrándose muy adelantados los trabajos legislativos en buen número de otras Comunidades) la Recomendación número R (98) 1, de 21 de enero, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre la «Mediación Familiar», basada precisamente en la constatación del aumento de las crisis familiares como factor de creciente preocupación para los Estados.

En este contexto —cambiante como digo— del estudio de las crisis matrimoniales, resulta muy encomiable la oportunidad de la monografía de la Doctora MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS: *«Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencial)»*. Para empezar, pone de manifiesto algo que por sí ya justificaría una monografía, tanto más cuando como en el caso presente es de elevada calidad, el interés que está recobrando la separación matrimonial como solución alternativa al divorcio o cuando menos autónoma en cuanto a éste. Y es que, efectivamente, no se ha concedido hasta ahora la importancia que merece a la separación matrimonial, como situación independiente del divorcio y como solución de cierta índole para las crisis matrimoniales. Más aún, pese al riesgo de adentrarme en cuestiones que son más propias de la sociología, de la reconciliación conyugal, o de la terapéutica familiar, la citada obra puede hacernos caer en la cuenta de que pese al interés que pueda reportar el divorcio, la separación resulta una situación esencialmente útil para encauzar una crisis matrimonial. No es la menor de sus ventajas la de comportar una medida provisional, la suspensión de buena parte del contenido de derechos y obligaciones que contiene el vínculo matrimonial, que con la ponderación necesaria y las medidas que convenga adoptar permite el tránsito a una solución irreversible o definitiva de la crisis matrimonial mediante el divorcio, o tal vez facilita una recuperación del contenido originario del matrimonio mediante el instituto de la reconciliación conyugal.

Pero centrémonos en las características de la obra. Se trata, desde luego, de una tesis doctoral que lleva la impronta o marca de estilo de su director, el maestro de civilistas y uno de los mejores cultivadores en nuestro país del Derecho comparado y de otras muchas ramas de nuestro Ordenamiento, el Doctor GARCÍA CANTERO. Pero en cuanto a lo primero, aunque reúne las virtudes necesarias y propias de una tesis doctoral (metodología, documentación, oportunidad del tema, estilo literario...), se conoce desde las primeras páginas la extraordinaria madurez intelectual de la autora. Creo que puede afirmarse que sabe muy bien de la trascendencia de la separación matrimonial desde la erudición teórica, y comprende incluso mejor la importancia real de un fenómeno que afecta de manera tan vital a las parejas, y no digamos cuando se trata de los hijos de la pareja rota. En cuanto a la influencia del director de la tesis, creo que se halla presente desde la invocación del Derecho comparado en el título de la monografía. Ahora bien, la comparación no es aquí una simple regla de comprobación de las conclusiones que arroja el estudio de nuestro Derecho: el título del trabajo es claro, se ofrece un estudio en pie de igualdad del nuestro y de otros ordenamientos jurídicos. Y así debe tenerse en cuenta para que no sorprenda al lector que pretendiera un estudio monográfico de la separación en nuestro Código Civil, la circunstancia de que se dediquen casi un centenar de páginas menos al Derecho español. Y es que no parece ser aquélla la principal formalidad de la obra, sino más bien la de hacer una exposición más que suficiente del diverso tratamiento que recibe el instituto de la separación matrimonial en los principales sistemas jurídicos.

Resulta meritorio el criterio adoptado por la autora para exponer un amplio repertorio de regímenes jurídicos de la separación matrimonial, ya que no se trata de un simple mosaico normativo, sino de un desarrollo muy bien sistematizado, y en ello radica parte de su interés. Con todo, esa exposición en paralelo de diversos Derechos, reporta consideraciones de utilidad para la mejor comprensión de nuestro propio Ordenamiento jurídico, de manera especial en aquellos aspectos relativos a la separación que el legislador no ha considerado oportuno precisar demasiado. En este orden de cosas me ha resultado sumamente interesante el estudio de las causas de separación en el Derecho italiano (que tal vez sea, para mi gusto, la parte mejor desenvuelta de toda la obra), en un momento en que la trascendencia que los medios de comunicación conceden a algunos pronunciamientos judiciales sobre la pérdida del afecto matrimonial como causa específica de separación, pueden sembrar ciertas vacilaciones en cuanto al entendimiento de nuestro sistema causal de separación matrimonial.

Entre los ordenamientos jurídicos que aparecen reseñados pudiera ser cuestionable que deban figurar tantos como la autora toma en consideración, no solamente por la falta de seguridad en cuanto a cómo va a evolucionar el *status quaestionis* en Derechos que nos resultan sin duda exóticos, y también por esto último, porque no son evidentes en todos los casos las razones que permitan una reducción a términos de similitud o afinidad que hagan factibles las comparaciones. Puede parecer, en suma, que se cede ante un excesivo celo comparatista. Pero insisto en que buena parte de la utilidad de la obra consiste en la erudición que aporta, en el estudio principalmente expositivo de la separación matrimonial en muy diversos ordenamientos jurídicos.

Estoy de acuerdo con la Doctora MARTÍNEZ DE MORENTIN en la necesidad de incluir en el estudio, de un fenómeno de Derecho Civil como la separación matrimonial, el Derecho canónico, incluso aunque lo haga remontándose en

la evolución histórica del mismo. Para admitirlo así bastaría con tener en cuenta el carácter complejo del sistema matrimonial del Derecho español, una vez superada la rancia polémica en torno al modelo electivo latino o el anglosajón. Igualmente considero muy interesante, aunque deban ponderarse sus consecuencias, la tesis de la autora, corroborada por algún ilustre canonista a quien cita, y probablemente fiel reflejo de la realidad estadística: «Puede parecer que en relación con la legislación del Código de 1917 y subsiguientemente, el tema de la separación conyugal eclesiástica ha perdido bastante interés, dado que la Iglesia católica, en sus Acuerdos con los diferentes Estados, no suele exigir reconocimiento de efectos civiles a las sentencias de separación conyugal dictadas por sus tribunales, pero esto no es así; ante lo que estamos es ante un cambio de mentalidad, de independencia del ordenamiento canónico, si bien es cierto que hay una tendencia (sin renunciar a la competencia propia de este ordenamiento) a encomendar a la jurisdicción civil el reconocimiento de las causas de separación» (cfr. *op. cit.*, pág. 107). Y, más adelante, al tratar de las situaciones de separación de hecho según el Código de Derecho canónico: «En realidad lo que hace el Código es reconocer la legitimidad de la constitución unilateral del estado de separación de hecho en los restringidos supuestos previstos en los cánones 1152 y 1153, relegando a la jurisdicción civil la regulación del estado de separación de hecho, que en unos países se rechaza como situación ilícita y en otros se acepta con un contenido y unos efectos que varían de unos ordenamientos a otros» (cfr. *op. cit.*, pág. 111). Si acaso echo de menos, en el apartado correspondiente del Derecho español, una opinión explícita de la autora en cuanto al grado de desarmonía entre nuestro Código Civil y los Acuerdos con la Iglesia católica: resulta innegable que la falta de correlación (léase autonomía estricta) entre las sentencias de separación canónica y la competencia (soberanía jurisdiccional del Estado) de los tribunales civiles es la que probablemente ocasiona, más que cualquier otra causa, que los casados (aún mediante matrimonio religioso católico, con efectos civiles reconocidos) se desinteresen regularmente de la jurisdicción canónica. Es muy posible que, también en este punto, la experiencia italiana, tal como se relata en esta obra, resultase provechosa en nuestro Derecho.

En fin, vayamos a lo fundamental: creo que la obra que reseño merece, por su propia calidad, un lugar de importancia entre la bibliografía general sobre las crisis jurídicas del matrimonio. Me atrevo a pensar incluso, que será especialmente apreciada por los prácticos del Derecho, en un momento de decisiva internacionalización de las relaciones jurídicas en general, también de las relaciones familiares y matrimoniales. Y si acaso dirigiría un ruego a la autora, que continúe su trabajo, obsequiando a los estudiosos de la separación matrimonial con una nueva monografía, esta vez referida en exclusiva y con perspectiva amplia al estudio del Derecho español.

ISAAC TENA PIAZUELO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza.

REVISTA DE REVISTAS

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΘ ΥΡΒΑΝΕΣΤΙΧΟ

Νέμερο 202 (θύνιο 2003)

«La Llei d'urbanisme de Catalunya vista por cuatro arquitectos (Comentarios a la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, del Parlament de Catalunya). Segunda parte», por PERE GONZÁLEZ I NEBREDÀ, pág. 11.

SUMARIO: 1. UNA LEY NECESARIA.—2. REFLEXIONES ACERCA DE ALGUNOS DE LOS CONCEPTOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS. HERMENÉUTICA.—3. CONCEPTOS BÁSICOS. LO QUE LA LEY PRETENDE: 3.1. PRINCIPIOS.—4. EL REPARTO DE BENEFICIOS Y CARGAS: 4.1. LOS BENEFICIOS Y CARGAS GENERADOS POR EL PLANEAMIENTO.—5. PERO ¿POR QUÉ NO LE LLAMAN VALOR?—6. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS QUE GENERAN EL VALOR DEL SUELO?—7. LA VALORACIÓN DEL SUELO.—8. EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA LUC 2/2002.—9. CONCEPTO DE SOLAR.—10. EL SUELO URBANO CONSOLIDADO Y NO CONSOLIDADO.—11. LAS CESIONES EN SUELO URBANO NO CONSOLIDADO.—12. USOS DEL SUBSUELO.—13. EL APROVECHAMIENTO DEL SUBSUELO.—14. EL RENDIMIENTO DEL SUBSUELO.—15. LAS RESERVAS DE SUELO PARA VIVIENDA PROTEGIDA.—16. ZONAS: SECTORES, POLÍGONOS Y SUBPOLÍGONOS. VIABILIDAD.

«La valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles como consecuencia de su expropiación urbanística: problemática y régimen jurídico», por FERNANDO GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, pág. 69.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.—II. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA VALORACIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES EN EL DERECHO URBANÍSTICO.—III. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES TANTO EN EL VIGENTE ARTÍCULO 32 DE LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, COMO EN SUS ARTÍCULOS PRECEDENTES: EN ESPECIAL SU REGULACIÓN PARCIAL Y REMISIÓN NORMATIVA.—IV. LA VALORACIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN LA ACTUALIDAD: PROBLEMÁTICA Y RÉ-

GIMEN JURÍDICO.—V. PRESENTE DE LA VALORACIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES: REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA.—VI. POSIBILIDADES VALORATIVAS A LA HORA DE EXPROPIAR UNA FINCA GRAVADA CON CARGAS.—VII. MOMENTO DE REFERENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS VALORATIVAS EN RELACIÓN CON LOS EXPEDIENTES EXPROPIATORIOS DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES.—VIII. CONCLUSIONES.

«La inaplicabilidad de la Ley de Carreteras de Andalucía», por ÁNGEL CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA y otros, pág. 107.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRETENDIDO DOMINIO PÚBLICO VIARIO DE LA RED DE CARRETERAS DE ANDALUCÍA.—3. ELEMENTOS DEL DOMINIO PÚBLICO VIARIO Y ELEMENTOS DE SERVICIO.—4. LAS ZONAS FUNCIONALES DE LAS CARRETERAS.—5. LA PROYECTADA INCIDENCIA DE LA LEY DE CARRETERAS DE ANDALUCÍA: LAS ZONAS DE PROTECCIÓN.—6. EL CATÁLOGO DE CARRETERAS. NATURALEZA JURÍDICA.—7. APLICABILIDAD DIFERIDA DE LA LEY DE CARRETERAS DE ANDALUCÍA.

«Nota informativa sobre la reforma de la Ley Estatal de Suelo y Valoraciones 6/98 (Introducida por Ley 10/03)», por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, pág. 141 (sin sumario).

«Notas sobre la responsabilidad de los agentes en el medio ambiente», por ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, pág. 155 (sin sumario).

«Planeamiento urbanístico y evaluación de impacto ambiental», por JESÚS M.^a RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 187 (sin sumario).

Número 203 (θυλιο-Αγοστο 2003)

«La Llei d'Urbanisme de Catalunya vista por cuatro arquitectos (comentarios a la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo, del Parlament de Catalunya). Tercera parte», por RAFAEL MUR I SOTERAS, pág. 11.

SUMARIO: 0. INTROITO.—1. LA NUEVA DEFINICIÓN DE «ESTADO RUINOSO» EN LA LLEI D'URBANISME DE CATALUNYA. ANÁLISIS TÉCNICO Y EXPECTATIVAS: 1.1. LOS DEBERES LEGALES DE CONSERVACIÓN Y REHABILITACIÓN Y LAS ÓRDENES DE EJECUCIÓN. 1.2. LA NUEVA VERSIÓN DE LA RUINA ADMINISTRATIVA. GRANDES CAMBIOS SIN NINGUNA EXPLICACIÓN: 1.3. BREVE RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES LEGALES Y SOCIALES DE LA RUINA. 1.4. LA NUEVA DEFINICIÓN DE «ESTADO RUINOSO». ANÁLISIS TÉCNICO Y EXPECTATIVAS. 1.5. VARIACIONES RESPECTO AL DECRETO-LEY 1/1990, DE 12 DE JULIO: 1.5.1. *En relación a la ruina técnica*. 1.5.2. *En relación a la ruina económica*. 1.5.3. *En relación a la ruina urbanística*. 1.5.4. *En relación a los edificios catalogados*.—2. INCIDENCIA

DE LOS NUEVOS CRITERIOS DE CESIONES Y RESERVAS DE SUELO EN LA REPARCELACIÓN. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO DE LOS SUELOS URBANOS CONSOLIDADOS: 2.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR SUELO URBANO NO CONSOLIDADO?: 2.1.1. *En la Ley 6/98 sobre régimen del suelo y valoraciones.* 2.1.2. *En diversas Comunidades Autónomas.* 2.1.3. *En Cataluña.* 2.2. LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN A CARGO DE LOS PROPIETARIOS Y DERECHO DE REALOJAMIENTO. 2.3. LAS CESIONES Y RESERVAS EN EL SUELO URBANO NO CONSOLIDADO. 2.4. INCIDENCIA DE ESTOS NUEVOS CRITERIOS DE CESIONES Y RESERVAS EN LA REPARCELACIÓN DE LOS SUELOS URBANOS NO CONSOLIDADOS: 1.º *El Plan permite nuevos usos.* 2.º *El Plan permite edificabilidad adicional en relación al Planeamiento anterior.* 3.º *El plan posibilita nuevos usos que generan plusvalías, o hay edificabilidad adicional, o ambas cosas a la vez, todo ello referido al Planeamiento inmediatamente anterior. No obstante, existen propietarios dentro del ámbito que tienen sus parcelas sobreedificadas en relación al nuevo Planeamiento, en base a unas licencias concedidas por el Planeamiento «anterior al anterior».*

«Instrumentos de planificación territorial y urbanística *versus* zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica», por FERNANDO GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, pág. 61.

SUMARIO: I. ACOTAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS DENOMINADAS «ZONAS AFECTAS A LA DEFENSA NACIONAL» Y DE LO EN ELLAS COMPRENDIDO.—II. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE EMITIR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO INFORME VINCULANTE PREVIO A LA APROBACIÓN DE CUALQUIER INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO TERRITORIAL O URBANÍSTICO QUE INCIDA EN LAS ZONAS DE PROTECCIÓN AFECTAS A LA DEFENSA NACIONAL: SINGULAR MENCIÓN A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INFORMES VINCULANTES EMITIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO CON CARÁCTER PREVIO A LA APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO TERRITORIAL O URBANÍSTICO EN CASO DE AFECTACIÓN POR ÉSTE DE ZONAS ADSCRITAS A LA DEFENSA NACIONAL.—IV. CONCLUSIONES.

«El ICIO después de la reciente reforma de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales», por ISAAC MERINO JARA, pág. 99.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. HECHO IMPONIBLE.—3. EXENCIONES.—4. SUJETOS PASIVOS.—5. BASE IMPONIBLE.—6. TIPO DE GRAVAMEN, CUOTA Y BONIFICACIONES.—7. GESTIÓN.

«Análisis de las novedades aportadas por la Ley del Catastro Inmobiliario (48/2002) y por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (51/2002) en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», por MANUEL-G. ALCÁZAR MOLINA, pág. 119.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. LEY DEL CATASTRO INMOBILIARIO: 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. BIEN INMUEBLE. 2.3. TITULAR CATASTRAL. 2.4. INCORPORACIÓN DE BIENES Y ALTERACIONES.—3. LEY REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. HECHO IMPONIBLE DEL IBI Y EXENCIONES. 3.3. SUJETO PASIVO. 3.4. BASE IMPONIBLE Y LIQUIDABLE. 3.5. CUOTA, BONIFICACIONES Y TIPO DE GRAVAMEN. 3.6. DEVENGO Y GESTIÓN DEL IMPUESTO.—4. CONCLUSIÓN.

«Infracciones y sanciones: legalización y sanción. Infracciones y sanciones urbanísticas en la Ley del Suelo de Extremadura», por WENCESLAO OLEA GODOY, pág. 153.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TIPICIDAD. LAS INFRACCIONES: A) LAS INFRACCIONES GENERALES TERRITORIALES Y URBANÍSTICAS: 1. *Las infracciones muy graves*. 2. *Las infracciones graves*. 3. *Las infracciones leves*. 4. *Las infracciones de las autoridades*. B) LAS INFRACCIONES ESPECÍFICAS: 1. *En materia de gestión urbanística*. 2. *En materia de parcelaciones*. 3. *En materia de edificación*. 4. *En materia de medio ambiente, cultural y natural*.—III. LA RESPONSABILIDAD: LOS SUJETOS: A) LOS RESPONSABLES DIRECTOS. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN. B) AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS.—IV. LAS SANCIONES: A) CLASES: 1. *Multa*. 2. *Inhabilitación*. 3. *Publicidad de la infracción, sanción y medida de legalización*. 4. *Decomiso del beneficio*. 5. *La expropiación forzosa*. 6. *Las sanciones disciplinarias*.—V. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES: A) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. B) CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES. C) CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.—VI. PRESCRIPCIÓN: A) PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES. B) PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES.—VII. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES. EL *NON BIS IN IDEM*: A) CONCURSO DE PRECEPTOS SANCIONADORES ADMINISTRATIVOS. B) CONCURSO DE INFRACCIONES. C) EL «*NON BIS IN IDEM*».—VIII. EL PROCEDIMIENTO.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΕΔΙΧΑ ΔΕΛ ΝΟΤΑΡΙΑΔΟ

Ν|μερο 44 (Οχτυβρε-Διχειμβρε 2002)

«El sello notarial», por MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ, pág. 9.

SUMARIO: I. EL SELLO COMO FORMA MÍSTICA DEL DERECHO.—II. EL SELLO COMO RECURSO AUTENTICADOR.—III. EL SELLO COMO MEDIO DE LA AUTENTICACIÓN NOTARIAL.—IV. EL SELLO EN EL INSTRUMENTO NOTARIAL.—V. EL SELLO EN EL NOTARIADO ESPAÑOL: A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS. B) RÉGIMEN VIGENTE: a) *Concepto*; b) *Elementos materiales o gráficos del sello*: a') Libro; b') El lema *Nihil prius fide*; c') Identificación del notario. c) *Componentes no mencionados por el Reglamento*: a') Esenciales no mencionados: a») Forma; b») Dimensiones; c») Color; b') Componentes no esenciales: a») Las ramas de olivo; b») Las estrellas; c») La gráfila; d») Complementos externos. d) *La existencia del sello notarial*: 1. Creación y homologación del sello. Unidad o pluralidad. 2. Sustitución del sello. 3. Casación o inutilización del sello. e) *La utilización del sello notarial*: 1. Carácter institucional o personal del se-

llo. 2. Agente. 3. Tiempo. 4. Lugar de aposición. 5. Mención documental. 6. Ámbito de aplicación. f) *Eficacia*.

«El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho», por MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN, pág. 127.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SU SENTIDO EN EL DERECHO ACTUAL.—II. LAS LEYES DE PAREJAS DE HECHO Y LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS EN CASO DE RUPTURA: 1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. 2. LA PENSIÓN PERIÓDICA.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR AL 5 DE JULIO DE 2001: 1. LA SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1992: LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. 2. LA SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994: LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL MATRIMONIO. 3. LA SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. LA SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2001: LA PROTECCIÓN DEL CONVIVIENTE PERJUDICADO.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2001: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. REFLEXIÓN FINAL: 1. PRESTACIONES ECONÓMICAS PREVISTAS PARA EL CASO DE RUPTURA EN LAS NORMATIVAS FORALES Y LA LIBERTAD PARA CONTRAER O NO CONTRAER MATRIMONIO. 2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL MATRIMONIO COMO TÉCNICA PARA DISEÑAR EL MARCO JURÍDICO DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL TERRITORIO DEL DERECHO COMÚN.

«Presupuestos para constituir derecho de retención en Cataluña», por ADOLFO LUCAS ESTEVE, pág. 165.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SUJETOS: I. EL SUJETO ACTIVO: A) *La posesión*. B) *La buena fe*. C) *Irrelevancia de los defectos en la relación jurídica previa en la que el poseedor recibió la cosa*. II. LOS SUJETOS PASIVOS.—3. OBJETO.—4. LA DECADENCIA DEL TÍTULO POSESORIO.—5. LA CONCURRENCIA DE DERECHOS DE RETENCIÓN.

«El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, pág. 187.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A PROPÓSITO DE UNA NUEVA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO.—II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO COMO EFECTO DEL MATRIMONIO: A) LA NATURALEZA DE LA UNIÓN CONYUGAL. B) LAS NORMAS DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO APLICABLES SÓLO AL MATRIMONIO.—III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE ESTE RÉGIMEN.—IV. NATURALEZA JURÍDICA.—V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

«Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura», por ISABEL ZURITA MARTÍN, pág. 217.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES: A) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO. B) LA DIVERSIDAD DE PRESTACIONES DE LAS PARTES. C) EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD: a) *La falta de transmisión inmediata de los pisos por construir*; b) *Cambio de orientación de la jurisprudencia*; c) *La solución propuesta por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario*; d) *La STS de 31 de enero de 2001, que anula los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario*; e) *La solución convencional: transmisión del derecho a edificar*.—III. LA RESPUESTA CATALANA: LJ LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, SOBRE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA: A) PREÁMBULO. B) PRESENTACIÓN DEL CONTRATO. C) RÉGIMEN GENERAL. D) ADQUISICIÓN EN LA TRANSMISIÓN TOTAL Y PARCIAL DE LA FINCA. E) INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. F) Oponibilidad del contrato ante terceros.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: UTILIDAD DE LA LEY Y COMPETENCIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΕΣΤΥΔΙΟΣ ΠΟΛΥΤΙΧΟΣ

Nº 120 (Αβρίλ–θύνιο 2003)

«La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)», por PEDRO DE VEGA, pág. 7.

SUMARIO: 1. LOS DOS ENTENDIMIENTOS DE LA DEMOCRACIA.—2. DEMOCRACIA Y LIBERTAD: 2.1. EL PLANTEAMIENTO DE MAQUIAVELO. 2.2. PRESENCIA Y ACTUALIDAD DE MAQUIAVELO. 2.3. LA POLÉMICA ENTRE LIBERALISMO Y DEMOCRACIA. 2.4. LA DOCTRINA DEL INTERÉS GENERAL. 2.5. LA SEPARACIÓN BURGUESA ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO.—3. LOS ÁMBITOS DE LA DEMOCRACIA.

«Entre desahucio de Fuero y quiebra de Estatuto: Euskadi según el doble plan del Lehendakari», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 45 (sin sumario).

«El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales», por JOAN OLIVER ARAUJO, pág. 79.

SUMARIO: 1. DETERMINACIÓN DE LOS ACTOS Y OMISIONES RECURRIDOS A TRAVÉS DE ESTA MODALIDAD DE RECURSO DE AMPARO.—2. REQUISITOS PARA INTERPONER ESTA MODALIDAD DE RECURSO DE AMPARO: 2.1. HABER «AGOTADO TODOS LOS RECURSOS UTILIZABLES DENTRO DE LA VÍA JUDICIAL». 2.2. VIOLACIÓN «IMPUTABLE DE MODO INMEDIATO Y DIRECTO» A UN ÓRGANO JUDICIAL CON INDEPENDENCIA DE LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR AL PROCESO EN QUE AQUÉLLA SE PRODUJO. 2.3. INVOCACIÓN FORMAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VULNERADO.—3. PLAZO PARA INTERPONER ESTA MODALIDAD DE RECURSO DE AMPARO.—4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE ESTA MODALIDAD DEL RECURSO DE AMPARO: 4.1. LAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (EL PELIGRO DE QUE EL RECURSO DE AMPARO SE CONVIERTA EN UNA «TERCERA INSTANCIA»). 4.2. DERECHOS TUTELABLES A TRAVÉS DE ESTE TIPO DE RECURSO DE AMPARO: ¿ESPECIFICIDADES?

«El pensamiento político de la Emperatriz Catalina II conforme a la Instrucción de 1767», por JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ, pág. 103.

SUMARIO: 1. EL PERSONAJE Y SU TIEMPO. LA FORMACIÓN DE UNA ZARINA ILEGÍTIMA.—2. EL PERSONAJE Y SU TIEMPO. LA EMPERATRIZ MÁS IMPORTANTE DEL SIGLO XVIII.—3. LA INSTRUCCIÓN Y SU FINALIDAD: LA GRAN COMISIÓN DE 1767.—4. EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE LA INSTRUCCIÓN. LA NOMOGRAFÍA.—5. NOTAS SOBRE LAS DIVERSAS EDICIONES DE LA INSTRUCCIÓN.

«¿La Constitución en crisis? El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», por JAVIER RUIPÉREZ, pág. 127.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 25 AÑOS DE CONSTITUCIÓN Y MOTIVOS PARA SU CONMEMORACIÓN.—2. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SIN CONSTITUCIONALISMO.—3. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN: A) LAS RAZONES POLÍTICAS PARA LA ACEPTACIÓN GENERALIZADA DEL PROCESO DE MUNDIALIZACIÓN. B) ALGUNAS DE LAS TRANSFORMACIONES POLÍTICAS Y SOCIALES INTRODUCIDAS POR EL NEOLIBERALISMO TECNOCRÁTICO Y GLOBALIZADOR. C) LA INVIABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DEL MODERNO NEOLIBERALISMO TECNOCRÁTICO.—4. LA NECESARIA VUELTA A ROUSSEAU. EL DEMOCRATISMO RADICAL COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y SOCIAL.

«La recepción de Heller en España durante el franquismo», por LUIS AURELIO GONZÁLEZ PRIETO, pág. 173.

SUMARIO: 1. HELLER. ARIETE CONTRA EL POSITIVISMO JURÍDICO.—2. EL ESTADO COMO FENÓMENO SOCIAL.—3. LA TEORÍA DEL ESTADO EN CUANTO CIENCIA HISTÓRICA.—4. TEORÍA DEL ESTADO O TEORÍA DE LA SOCIEDAD.—4. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«Repúblicas monárquicas y monarquías republicanas. La reflexión de Sieyès, Necker y Constant sobre las formas de gobierno», por MARÍA LUISA SÁNCHEZ-MEJÍA, pág. 195.

SUMARIO: LA REPÚBLICA MONÁRQUICA DE SIEYÈS.—LA SUPREMACÍA DEL EJECUTIVO EN LOS PROYECTOS DE NECKER.—LA ARISTOCRACIA DE LOS NOTABLES.—LA MONARQUÍA REPUBLICANA DE BENJAMÍN CONSTANT.

«Efectos y mecanismos de la europeización: Reflexiones en torno a la política medioambiental española», por SUSANA AGUILAR FERNÁNDEZ, pág. 219.

SUMARIO: UNA RELACIÓN DIALÉCTICA: GLOBALIZACIÓN Y EUROPEIZACIÓN.—UNA DEFINICIÓN AMPLIA DE EUROPEIZACIÓN.—LOS MECA-

NISMOS DE LA EUROPEIZACIÓN: ARMONIZACIÓN, DIFUSIÓN Y EMULACIÓN.—LA EUROPEIZACIÓN DE LAS DIMENSIONES SUSTANTIVA, INSTITUCIONAL Y DE ESTILO DE LA POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«El desarrollo postconstitucional del Derecho Fundamental de Libertad Religiosa en España», por ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ, pág. 243.

SUMARIO: RESUMEN.—I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA.—II. EL DESARROLLO LEGAL DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EL SISTEMA DE ACUERDOS: II.1. EL SISTEMA DE ACUERDOS. II.2. LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA.—III. LA DISTORSIÓN ENTRE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y LA PRAXIS LEGAL. SUPUESTOS CONCRETOS: III.1. EL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN ESPAÑA. III.2. EL SISTEMA EDUCATIVO Y LA CUESTIÓN RELIGIOSA. III.3. LAS RELACIONES ECONÓMICAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS MINORITARIAS: III.3.A. *Cooperación económica directa*. III.3.B. *Cooperación económica indirecta*. III.4. EL MODELO MATRIMONIAL. III.5. REGULACIÓN JURÍDICA DE DETERMINADOS SUPUESTOS DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: III.5.A. *El descanso semanal*. III.5.B. *Tratamientos médicos*. III.6. REGULACIÓN DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN CENTROS PÚBLICOS. III.7. RÉGIMEN REGISTRAL DE LOS INMUEBLES DE TITULARIDAD ECLESIASTICA.—IV. CONCLUSIONES: EL AGOTAMIENTO DEL MODELO DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA. HACIA UN MODELO DE DERECHO COMÚN.

«Ciudadanía ecológica: una noción subversiva dentro de una política global», por ÁNGEL VALENCIA SAIZ, pág. 269.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: MÁS ALLÁ DEL ESTADO-NACIÓN, MÁS ACÁ DE UNA POLÍTICA GLOBAL.—2. GLOBALIZACIÓN ECOLÓGICA Y SOCIEDAD COSMOPOLITA.—3. CIUDADANÍA ECOLÓGICA, MODELO PARA ARMAR.—4. CIUDADANÍA ECOLÓGICA I: DEFINIENDO UN ESPACIO EN LA ARQUITECTURA DEL MODELO DEMOCRÁTICO VERDE.—5. CIUDADANÍA ECOLÓGICA II: DEFINIENDO UN ESPACIO PROPIO DENTRO DE LA ARQUITECTURA DE LA CIUDADANÍA.

«Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la República de J. Bodino», por NOEMÍ GARCÍA GESTOSO, pág. 301.

SUMARIO: I. GÉNESIS HISTÓRICA DE LA SOBERANÍA Y DEL ESTADO.—II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: ETIMOLOGÍA Y CONCEPCIONES DOCTRINALES PREVIAS.—III. LA SOBERANÍA PARA J. BODINO: 3.1. CONTEXTO HISTÓRICO. 3.2. LA SOBERANÍA EN LOS SEIS LIBROS DE LA REPÚBLICA: CONCEPTO, NOTAS CARACTERIZADORAS Y MARCAS DE LA SOBERANÍA. 3.3. BODINO Y EL TITULAR DE LA SOBERANÍA. SUS LÍMITES. 3.4. IMPORTANCIA DE SU APORTACIÓN.—IV. LAS TESIS DE ALTHUSIUS FRENTE A LAS DEL AUTOR ANGEVINO.—V. EXPANSIÓN DEL ESTADO ABSOLUTO.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗ ΜΕΡΧΑΝΤΙΑ

N|μερο 247 (Ενερο-Αβριλ 2003)

«*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales», por FRANCESCO GALGANO, pág. 7 (sin sumario).

«En los umbrales del IV Centenario de la Curia Filípica (nota final sobre su autoría)», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PLANAS, pág. 21 (sin sumario).

«Especialidades del transporte de mercancías en contenedores», por JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 37.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, FUNCIÓN ECONÓMICA Y REGULACIÓN LEGAL.—III. LAS RESERVAS Y EL ESTADO APARENTE DE LAS MERCANCÍAS.—IV. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN (RIGHT OF DISPOSAL) Y LA DOCUMENTACIÓN DEL TRANSPORTE.—V. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR: 1. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD. 2. LA «FÓRMULA CONTENEDOR» A EFECTOS DE LA DELIMITACIÓN DEL LÍMITE RESARCITORIO.—VI. ESPECIALIDADES RELATIVAS AL TRANSPORTE MARÍTIMO: LA CARGA SOBRE CUBIERTA.

«La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en Derecho español. Situación legislativa y actuación de los tribunales», por PABLO GIRGADO PERANDONES, pág. 75.

SUMARIO: I. LA ADMISIBILIDAD DE LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL DE GRUPO. LA OPCIÓN ENTRE UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O UNA RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO.—II. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN ESPECÍFICO EN DERECHO DE SOCIEDADES (*SEDES NATURAE*) COMO PUNTO DE PARTIDA. ATENCIÓN AL FENÓMENO DESDE OTRAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS: A) LA ATENCIÓN NORMATIVA SOBRE RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA DE GRUPO EN LOS SECTORES BANCARIO, BURSÁTIL Y ASEGURADOR. B) LA RESPONSABILIDAD FISCAL. C) LA RESPONSABILIDAD PENAL. EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995. D) LA ATENCIÓN NORMATIVA EN LA DISCIPLINA JURÍDICO-MERCANTIL Y SU POSIBLE ENCUADRAMIENTO COMO RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO.—III. LA EXCLUSIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DE UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O ESTRUCTURAL (*STRUKTURHAFTUNG*) Y SU LIMITACIÓN A SUPUESTOS ESPECIALES: A) PLANTEAMIENTO GENERAL. B) LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ FRENTE A CONSUMIDORES Y USUARIOS. C) LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.—IV. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES A LA SITUACIÓN DE *LEGE LATA*: A) LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO Y LA NECESIDAD DE SU LIMITACIÓN A SUPUESTOS EXCEPCIONALES: 1. *Situación actual y su valoración*. 2. *Una nueva perspectiva para la superación de la citada técnica*. B) LA APLICACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR LOS TRIBUNALES. C) LA RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD EN UNA EMPRESA DE GRUPO.—V. CONCLUSIONES FINALES.

«Marcas colectivas y denominaciones geográficas en la Ley 17/2001, de Marcas», por ALBERTO J. DE MARTÍN MUÑOZ, pág. 141.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.—3. LEGITIMACIÓN: 3.1. LA MARCA COLECTIVA DE TITULARIDAD PRIVADA. 3.2. LA MARCA COLECTIVA DE TITULARIDAD PÚBLICA.—4. COMPOSICIÓN.—5. NACIMIENTO DEL DERECHO: 5.1. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LA INSCRIPCIÓN. 5.2. EL REGLAMENTO DE USO Y SUS MODIFICACIONES.—6. CONTENIDO.—7. RÉGIMEN DE CIRCULACIÓN.—8. EJERCICIO DE ACCIONES.—9. NULIDAD.—10. CADUCIDAD.—11. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA MARCA COLECTIVA GEOGRÁFICA: 11.1. CONCEPTO Y RÉGIMEN LEGAL. 11.2. MARCA COLECTIVA Y DENOMINACIÓN DE ORIGEN. RELACIONES DE COORDINACIÓN Y PREVALENCIA: 11.2.1. *Denominación preexistente a una marca confundible*. 11.2.2. *El problema de los signos distintivos prioritarios*.

«Sobre la delimitación negativa del diseño comunitario», por JAUME PELLISE CAPELL, pág. 201.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DEFINICIÓN NEGATIVA DE DISEÑO INDUSTRIAL: APARIENCIAS EXCLUIDAS: A) LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAMENTE NECESARIAS. B) LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS COMPONENTES NECESARIAS PARA EL ENSAMBLAJE O LA ARMONÍA VISUAL DEL CONJUNTO: a) *Las interconexiones (must fit)*: i) Exclusión de las interconexiones; ii) Protección de los ajustes de productos intercambiables en sistemas modulares. b) *La armonía visual del conjunto (must much)*.—3. REQUISITOS DE PROTECCIÓN: A) REQUISITOS DE PROTECCIÓN: a) *La novedad*; b) *El «carácter singular»*. B) LA CUESTIÓN DE LA DIVULGACIÓN: a) *El acto de divulgación*; b) *Limitaciones y excepciones al acto de divulgación*: i) La cláusula de salvaguarda. ii) Los actos preparatorios. iii) El periodo de gracia. C) CRÍTICA: UN SOLO REQUISITO, EL «CARÁCTER SINGULAR».—4. PROHIBICIÓN DE LOS DISEÑOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO.—5. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE DISEÑOS PRÓXIMOS O FRONTERIZOS.—6. CONCLUSIÓN.

N^o 248 (Αβρίλ–θύνιο 2003)

«El procedimiento por publicidad ilícita», por J. MASSAGUER, pág. 453.

SUMARIO: 1. EL PROCESO ESPECIAL EN MATERIA DE PUBLICIDAD ILÍCITA.—2. LA ACCIÓN POR PUBLICIDAD ILÍCITA: 2.1. LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN. 2.2. LA ACCIÓN DE CESACIÓN. 2.3. LA ACCIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA. 2.4. LA ACCIÓN DE DIFUSIÓN DE PUBLICIDAD CORRECTORA.—3. LEGITIMACIÓN ACTIVA: 3.1. TITULARES DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS. 3.2. ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3.3. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3.4. MINISTERIO FISCAL. 3.5. ENTIDADES DE OTROS ESTADOS COMUNITARIOS.—4. LEGITIMACIÓN PASIVA.—5. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR PUBLICIDAD ILÍCITA.—6. JURISDICCIÓN Y TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS POR PUBLICIDAD ILÍCITA.—7. EL PROCESO CORRESPON-

DIENTE A LAS DEMANDAS POR PUBLICIDAD ILÍCITA.—8. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.—9. MEDIDAS CAUTELARES.—10. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN POR PUBLICIDAD ILÍCITA CON EL EJERCICIO DE OTRAS ACCIONES.

«El Derecho Internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la sociedad europea (Societas Europaea)», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 499.

SUMARIO: 1. CUESTIÓN PREVIA. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL REGISTRO MERCANTIL.—2. EL DERECHO REGISTRAL DE LA UNIÓN EUROPEA. SUS CARENCIAS MÁS SALIENTES: 2.1. LA INSUFICIENTE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO REGISTRAL EUROPEO. 2.2. LA URGENTE NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL EN EL MARCO DE LA REFORMA PROYECTADA EN LA I DIRECTIVA. VENTAJOSA SITUACIÓN EN NUESTRO DERECHO. 2.3. LA FALTA DE PREOCUPACIÓN POR LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL PROBLEMA REGISTRAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN: A) *Ausencia de un procedimiento registral internacional*. B) *Las dificultades de la calificación registral internacional*. C) *Los problemas derivados de la admisibilidad del documento extranjero como título inscribible*.—3. LA DIMENSIÓN REGISTRAL (DEL PROBLEMA DE) LA SOCIEDAD EUROPEA. LA FALTA DE UN «ESPACIO REGISTRAL EUROPEO» PARA LA SE: 3.1. CUESTIÓN PREVIA. EL ABANDONO DE LA IDEA DE CREACIÓN DE UN REGISTRO DE SE. 3.2. LA REMISIÓN AL SISTEMA REGISTRAL DE LA PRIMERA DIRECTIVA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 12 RSE. SU ALCANCE. 3.3. EL ANACRÓNICO SISTEMA DE PUBLICIDAD-PUBLICACIÓN DE LA I DIRECTIVA QUE EL REGLAMENTO PERPETÚA (Y COMPLICA): ARTÍCULOS 13 Y 14 RSE: A) *El mantenimiento (innecesario) del sistema «dualista» de la I Directiva de registro + publicación*. B) *El complejísimo discurso normativo de la regla de la oponibilidad implícito en el sistema de publicidad-publicación*. Artículos 8.12 y 8.13 RSE. C) *La absurda publicación «bis» en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (cfr. art. 14 RSE)*. D) *La conveniencia de la creación de un portal registral europeo en Internet*. 3.4. PROCEDIMIENTO REGISTRAL INTERNACIONAL EN EL RSE EN LOS SUPUESTOS DE MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA. 3.5. CALIFICACIÓN REGISTRAL INTERNACIONAL EN LA MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA DE LA SE. CONTROL PREVENTIVO DE LA LEGALIDAD COMO REQUISITO DE INSCRIBIBILIDAD DEL TRASLADO INTERNACIONAL Y DE LA CONSTITUCIÓN POR FUSIÓN DE LA SE.

«La doctrina del abuso en los mercados conexos: del *monopoly leveraging* a las *essential facilities*», por FERNANDO DÍEZ ESTELLA, pág. 555.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL «MONOPOLY LEVERAGING»: A) ORIGEN. B) LA SENTENCIA EASTMAN KODAK CO. V. IMAGE TECHNICAL SERVICES, ET AL. C) VALORACIÓN. D) LA SENTENCIA TETRA LAVAL C. COMISIÓN.—III. LA TEORÍA DEL ABUSO EN LOS «MERCADOS VECINOS» O «CONEXOS»: A) EN LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. B) EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. C) PRÁCTICAS QUE CONSTITUYEN HABITUALMENTE EL CONTENIDO CONCRETO DEL ABUSO: a) *Prácticas discriminatorias*; b) *Negativa injustificada de suministro*.—IV. LA DOCTRINA DE LAS «ESSENTIAL FACILITIES»:

A) ORIGEN ESTADOUNIDENSE DE LA FIGURA. B) LA DENEGACIÓN DE ACCESO EN EL DERECHO COMUNITARIO. C) LA SENTENCIA OSCAR BRONNER. D) EVOLUCIONES RECIENTES. E) RECAPITULACIÓN.—V. CONCLUSIONES.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΕΔΙΧΑ ΔΕ ΛΑ ΧΟΜΥΝΙΑΔΑ ΔΕ ΜΑΔΡΙΑ Ν|μερο 15 (Ενερο–Αβριλ 2003)

«Situación actual del Derecho de Asilo en la Unión Europea», por YOLANDA HERNÁNDEZ VILLALÓN, pág. 11.

SUMARIO: 1. CONCEPTO ACTUAL DEL DERECHO DE ASILO.—2. REGULACIÓN.—3. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DEL DERECHO DE ASILO: SOLICITADO POR NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS O SOLICITADO POR NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS.—4. ÁMBITOS DE ARMONIZACIÓN.—5. CONTROL JURISDICCIONAL DEL TÍTULO IV DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.

«Las cláusulas residual, de prevalencia y de supletoriedad del derecho estatal sobre el autónomo: examen del artículo 149.3 de la Constitución Española», por FERNANDO LUQUE REGUEIRO, pág. 23.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. APROXIMACIÓN PREVIA A LOS DISTINTOS TIPOS DE COMPETENCIAS: A) COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO. B) COMPETENCIAS PROPIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. C) COMPETENCIAS COMPARTIDAS. D) COMPETENCIAS CONCURRENTES.—III. CLÁUSULA RESIDUAL.—IV. CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL.—V. CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.

«Y de nuevo sobre la Administración: genotipo y fenotipo», por FRANCISCO RACIONERO CARMONA, pág. 59.

SUMARIO: I. EL GENOTIPO: 1. LA NECESIDAD. 2. LA RAZÓN DE SER. 3. EL MODO DE ACTUAR. 4. LAS CONTRAPARTIDAS. 5. LA REFORMA.—II. EL FENOTIPO: 1. LA ENORMIDAD. 2. MAREA NORMATIVA. 3. LA EFICACIA Y SUS CONSECUENCIAS: PROCEDIMIENTO Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. 4. LA SOBERBIA. 5. MOTÍN CIUDADANO. 6. CONTRACCIÓN Y DEBILIDAD: LA PARADOJA DE LA DESTRUCCIÓN DEL ESTADO. 7. LA CORRUPCIÓN.—III. Y UNA CONSTATACIÓN FINAL.

«Las acciones en defensa del buen nombre de las Administraciones Públicas», por ROBERTO PÉREZ SÁNCHEZ, pág. 81.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. EL DERECHO AL HONOR CONSTITUCIONAL: a) CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO AL HONOR; b) DERECHO AL HONOR COMO LÍMITE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN; c) TITULARES DEL DERECHO AL HONOR: PERSONAS FÍSICAS, COLECTIVIDADES, PERSONAS JURÍDICAS, INSTITUCIONES PÚBLICAS.—III. PERSPECTIVA PENAL

DEL DERECHO AL HONOR: a) CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO AL HONOR; b) ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: PERSONAS FÍSICAS, COLECTIVIDADES, PERSONAS JURÍDICAS, INSTITUCIONES PÚBLICAS; c) LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN; d) ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES.—IV. ACCIONES CIVILES EN DEFENSA DEL HONOR: a) DERECHO DE RECTIFICACIÓN; b) ACCIÓN DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR.

«Estudio del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid», por ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO DEL DECRETO 245/2000, DE 16 DE NOVIEMBRE: 1. DISPOSICIONES GENERALES: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. RELACIÓN CON EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: EL PRINCIPIO «NON BIS IN ÍDEM». INFORMACIÓN RESERVADA. ÓRGANOS COMPETENTES. 2. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: FORMAS DE INICIACIÓN. MEDIDAS DE CARÁCTER PROVISIONAL. FORMALIZACIÓN DE LA INICIACIÓN. 3. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO: ACTOS DE INSTRUCCIÓN Y ALEGACIONES. APERTURA DEL PERÍODO PROBATORIO Y ADMISIÓN DE PRUEBAS. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS. 4. LA FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS. RESOLUCIÓN. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDADES. REPOSICIÓN E INDEMNIZACIÓN. 5. EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

«Evaluación ambiental en la Comunidad de Madrid», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 157.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS AMBIENTAL DE PLANES Y PROGRAMAS.—III. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—IV. PROCEDIMIENTOS.—V. DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—VI. EVALUACIÓN AMBIENTAL DE ACTIVIDADES.—VII. INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL: LA ACTIVIDAD CONTROL E INSPECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.—VIII. INSPECCIÓN AMBIENTAL.—IX. DOCUMENTOS DE INSPECCIÓN.—X. INFRACCIONES Y SANCIONES.—XI. EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA.

«Plazos medios de finalización en los Tribunales Contencioso-Administrativos ubicados en la Comunidad de Madrid: realidad versus expectativas de los usuarios», por JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, pág. 179.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUENTE Y VALIDEZ DE LOS DATOS OFRECIDOS.—III. COMPARATIVA ENTRE LAS CUATRO JURISDICCIONES.—IV. DURACIONES MEDIAS ACUMULADAS POR UN PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—V. PLAZO MEDIO DE RESOLUCIÓN EN EL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. PLAZOS MEDIOS EN LA AUDIENCIA NACIONAL.—VII. PLAZOS MEDIOS EN EL TRIBUNAL SUPERIOR.—VIII. PERCEPCIÓN DE LAS DURACIONES POR PARTE DE LOS ABOGADOS: 1. LA PRIMERA INSTANCIA. 2. LA SEGUNDA INSTANCIA.—IX. ¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE LA DILACIÓN?—X. LOS USUARIOS LEGOS ANTE

LAS DURACIONES PROCESALES: 1. LAS EXPECTATIVAS: DEMORA EXCESIVA PARA LOS USUARIOS. 2. DE LAS EXPECTATIVAS AL NÚMERO DE POTENCIALES USUARIOS DESCONTENTOS.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΘΥΡΕΔΙΧΑ ΔΕ ΧΑΤΑΛΥΝΑ

Ν|μερο 3 (2003)

«Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Catalunya)», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 657.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS DERECHOS DE LOS MENORES Y SU ESTATUTO JURÍDICO: 1. ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EN LA ACTUAL SOCIEDAD ESPAÑOLA. 2. LOS HIJOS MENORES DE EDAD Y LA CRISIS MATRIMONIAL. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO JUDICIAL REALIZADO.—II. METODOLOGÍA Y PARÁMETROS DEL ESTUDIO JUDICIAL REALIZADO.—III. CONCLUSIONES GENERALES QUE PROPORCIONA ESTE TRABAJO: 1. CONCLUSIONES DE TIPO SOCIO-JUDICIAL. 2. ASPECTOS JURÍDICOS: LÍNEAS GENERALES. 3. CONCLUSIONES RELACIONADAS CON EL PROCESO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.—IV. CRITERIO JUDICIAL GENERAL RESPECTO DEL DESTINO Y STATUS DE LOS HIJOS. EL INTERÉS DEL MENOR ANTE LOS TRIBUNALES.—V. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL: 1. DERECHO APLICABLE. CRITERIO GENERAL Y JURISPRUDENCIAL. 2. CRITERIOS ESPECÍFICOS DE ASIGNACIÓN DE LA GUARDA POR LOS TRIBUNALES Y EN LAS SENTENCIAS ESTUDIADAS. 3. DATOS CUANTITATIVOS Y PORCENTUALES.—VI. PATRIA POTESTAD. EJERCICIO, Y PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN: 1. CRITERIOS Y SOLUCIONES DE LAS SENTENCIAS ESTUDIADAS. DATOS ESTADÍSTICOS. 2. PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. DERECHO Y RÉGIMEN DE VISITA Y RELACIONES PERSONALES ENTRE EL PADRE O MADRE NO GUARDADOR Y LOS HIJOS: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL DE ESTAS RELACIONES POR NUESTROS TRIBUNALES. 2. CRITERIOS JUDICIALES Y DATOS CONCRETOS SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITA Y RELACIONES PERSONALES, EN LAS SENTENCIAS ESTUDIADAS. 3. PROBLEMAS PRÁCTICOS E INCIDENCIAS EN EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES. 4. SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN INICIAL DE VISITA Y RELACIONES PERSONALES: A) *Modificación*. B) *Privación o suspensión*.

«Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica», por JOSÉ ESTEVE PARDO, pág. 689.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. LA IMPOSICIÓN DE LA TÉCNICA SOBRE LA NATURALEZA. DE LOS PELIGROS NATURALES A LOS RIESGOS TECNOLÓGICOS.—II. DE LOS PELIGROS NATURALES A LOS RIESGOS TECNOLÓGICOS. LA AMPLIACIÓN DEL ESPACIO DE DECISIÓN —Y DE RESPONSABILIDAD— HUMANA.—III. LA FUNCIÓN DECISORIA DEL DERECHO ANTE LA COMPLEJIDAD TÉCNICA DE LOS RIESGOS: 1. LOS DOS MOMENTOS; CONOCIMIENTO Y VALORACIÓN DE RIESGOS; DECISIÓN Y GESTIÓN. 2. CIENCIA Y DERECHO EN LA VALORACIÓN DE RIESGOS.—IV. EL DERECHO ANTE LA INCERTEZA. LAS FÓRMULAS DECISORIAS.—V. PRINCIPIO

DE PRECAUCIÓN. EL NUEVO CRITERIO DECISORIO EN LA INCERTEZA: 1. SU FUNCIONALIDAD Y SUS LÍMITES. 2. LO VIEJO Y LO NUEVO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. 3. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO ESTADO DE EXCEPCIÓN. CAUTELA ANTE LA CAUTELA.

«El recurso extraordinario por infracción procesal», por JORGE CARRERAS DEL RINCÓN, pág. 701.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL.—2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN EL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE LA LEC: 2.1. FINES GENERALES PERSEGUIDOS POR LA LEC. 2.2. FUNCIÓN REVISORA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES. 2.3. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. 2.4. FINES ACCESORIOS.—3. ÓRGANO COMPETENTE: COMPETENCIA FUNCIONAL: 3.1. APRECIACIÓN DE OFICIO DE INFRACCIONES PROCESALES POR EL TS. 3.2. DENUNCIA DE LAS VULNERACIONES DEL ARTÍCULO 24 CE POR INCORRECTA APLICACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES PARA RESOLVER EL OBJETO DEL PROCESO. 3.3. RÉGIMEN TRANSITORIO.—4. RESOLUCIONES RECURRIBLES: 4.1. AUTOS O SENTENCIAS DICTADAS POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 4.2. RESOLUCIONES QUE PONGAN FIN A LA SEGUNDA INSTANCIA. 4.3. RESOLUCIONES DICTADAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN. 4.4. RESOLUCIONES DICTADAS EN EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS. 4.5. RESOLUCIONES SOBRE PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. 4.6. RÉGIMEN TRANSITORIO.—5. MOTIVOS: 5.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 5.2. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL. 5.3. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES REGULADORAS DE LA SENTENCIA. 5.4. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS LEGALES QUE RIGEN LOS ACTOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO CUANDO LA INFRACCIÓN DETERMINARE LA NULIDAD CONFORME A LA LEY O HUBIERE PODIDO PRODUCIR INDEFENSIÓN. 5.5. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΕΣΠΑΝΟΛΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΙΝΤΕΡΝΑΧΙΟΝΑΛ Ν|μερο 2 (2002)

«El Derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas», por ROSARIO HUESA VINAIXA, pág. 587.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE LA CARTA EN LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS.—II. LA RELACIÓN DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS ILÍCITOS CON OTROS SISTEMAS.—III. ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD Y EL SISTEMA DE LA CARTA: 1. LA CARTA COMO RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD. 2. EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA NO ES UN RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD. 3. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA. 4. EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA Y LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ILICITUD. 5. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA DE LA CARTA EN EL CASO DE VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL.—IV. CONCLUSIÓN.

«Gibraltar, ¿el fin de una controversia?», por CRISTINA IZQUIERDO SANS, pág. 617.

SUMARIO: I. NEGOCIACIONES PARA UNA SOLUCIÓN GLOBAL, ¿POR QUÉ?—II. LAS NEGOCIACIONES: 1. LOS ACUERDOS. 2. LOS DESACUERDOS: LAS LÍNEAS ROJAS. 3. EL REFERÉNDUM CELEBRADO.—III. CONSECUENCIAS DE UN EVENTUAL ACUERDO: 1. ¿DESCOLONIZACIÓN? 2. UN NUEVO ESTADO COMUNITARIO PARA GIBRALTAR. 3. EL CONTEXTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—IV. ¿FUTURO DE GIBRALTAR AL MARGEN DEL ACUERDO?—V. EL CLIMA POLÍTICO.

«La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)», por MIGUEL ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ, pág. 641.

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS BÁSICOS DEL PROBLEMA: 1. PLAN DE EXPOSICIÓN. 2. LA MODIFICACIÓN EN DERECHO INTERNO: A) *El marco general: la condena de futuro*. B) *Un ejemplo paradigmático: la modificación de prestaciones periódicas de alimentos*. 3. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—II. MODIFICABILIDAD Y RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN MODIFICABLE: 1. MODIFICABILIDAD GENÉRICA, MODIFICABILIDAD POTENCIAL Y MODIFICABILIDAD EFECTIVA. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN MODIFICABLE: A) *La necesidad de reconocer la resolución modificable*. B) *El procedimiento de reconocimiento*. C) *La demanda al margen del reconocimiento*.—III. LAS CONDICIONES DE MODIFICABILIDAD EFECTIVA: 1. LA POLÉMICA. 2. TOMA DE POSTURA.—IV. LA MODIFICACIÓN Y SUS EFECTOS: 1. LA LEY RECTORA DE LA MODIFICACIÓN. 2. LOS EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN EN EL ESTADO DE ORIGEN DE LA RESOLUCIÓN MODIFICADA.—V. RECAPITULACIÓN FINAL.

«Redibujando la disciplina de las Relaciones Internacionales. Una propuesta tentativa», por ORIOL COSTA, pág. 669.

SUMARIO: I. POR QUÉ UNA CARTOGRAFÍA Y POR QUÉ OTRA CARTOGRAFÍA.—II. LA HERRAMIENTA CARTOGRÁFICA DE LOS TRES EJES.—III. LAS RELACIONES INTERNACIONALES RECARTOGRAFIADAS: 1. ALGUNAS CUESTIONES METODOLÓGICAS. 2. LOS SEIS DEBATES Y LOS TRES EJES. APUNTES PARA UN ANÁLISIS: A) *El primer debate: liberales-idealistas vs. realistas*. B) *El segundo debate: tradicionalistas vs. behaviouristas*. C) *El tercer debate: realistas vs. transnacionalistas vs. estructuralistas*. D) *El debate neorrealismo-liberalismo neoinstitucional*. E) *El debate actor-estructura*. F) *El debate racionalistas-reflectivistas*.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

**ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ Ψ ΧΙΕΝΧΙΑ ΠΟΛΥΤΙΧΑ
ΔΕ ΛΑ ΥΝΙΣΕΡΣΙΔΑΔ ΝΑΧΙΟΝΑΛ ΜΑΨΟΡ
ΔΕ ΣΑΝ ΜΑΡΧΟΣ**
Ν|μερο 1 (2002)

- «Síntesis de los principios del Derecho Administrativo y del proceso contencioso-administrativo», por MARCO ANTONIO CABRERA VÁSQUEZ, págs. 21-59.
- «La administración pública en el Perú: perspectiva desde la tecnología telemática», por ROCÍO RONDINEL SOSA, págs. 61-80.
- «Las mujeres solteras frente a las técnicas de reproducción», por CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, págs. 81-90.
- «Recorrido público del Derecho a la Vida Privada», por VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO, págs. 91-113.
- «Sistema financiero y Mercado de Valores: Balance y propuestas», por HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE, págs. 115-141.
- «El contrato de Project Finance», por ULISES MONTOYA ALBERTI, págs. 143-156.
- «Reforma de la Constitución peruana», por CARMEN MEZA INGAR, págs. 157-170.
- «Control y Magistratura Constitucional en el Perú», por JOSÉ PALOMINO MANCHEGO, págs. 171-189.
- «La aplicación del artículo 3.º común a los conflictos armados sin carácter internacional», por GUILLERMO VARGAS JARAMILLO, págs. 191-208.
- «Comentarios a la Ley número 27.626 de intermediación laboral», por ROBERTO RENDÓN VÁSQUEZ, págs. 209-271.
- «Problemática acerca del nombre de las personas y su incidencia en los asuntos notariales no contenciosos», por JUAN ZÁRATE DEL PINO, págs. 273-284.
- «Partes litisconsorcio e intervención voluntaria en el Proceso Civil», por CARLOS PÉREZ RÍOS, págs. 285-309.
- «La Tutela Jurisdiccional Efectiva», por JORGE CARRIÓN LUGO, págs. 311-344.
- «La evolución del Derecho Procesal: Introducción al debate entre el eficientismo y garantismo procesal, a través de las medidas cautelares», por RAÚL CANELO RABANAL, págs. 345-360.
- «Historia general del Derecho», por JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, págs. 361-421.
- «Las bolsas electrónicas. ¿Realidad ajena a Latinoamérica?», por GIOVANNA ESTHER YARO PECEROS, págs. 425-438.

«El acto administrativo, la acción contenciosa-administrativa y la defensa judicial del Estado. Apuntes de un trinomio normativo», por HERVE MICHELL AQUINO ESPINOZA, págs. 439-490.

«Los Joint Venture desde la óptica de la libre competencia», por JORGE ROMÁN SAAVEDRA, págs. 465-490.

ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΙΝΣΕΣΤΙΓΑΧΙΘΝ ΔΕ ΛΑ ΥΝΙΣΕΡΣΙΔΑΔ ΝΑΧΙΟΝΑΛ ΜΑΨΟΡ ΔΕ ΣΑΝ ΜΑΡΧΟΣ

Ν^ομ^ερο 6 (Διχ^ιεμβ^ρε 2002)

«El derecho de globalización», por ULISES MONTOYA ALBERTI, pág. 9.

«Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada», por ROBERTO RENDÓN VÁSQUEZ, pág. 19.

«Variables condicionantes de la aplicación de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos», por MARCO ANTONIO CABRERA VÁSQUEZ, pág. 65.

«El divorcio en el Perú», por CARMEN MEZA INGAR, pág. 73.

«La Administración de Justicia en el proceso de descentralización», por ELVITO ALIMIDES RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, pág. 81.

«Primeras ideas políticas y algunos principios constitucionales, relativos a los derechos humanos, desde el Oriente hasta nuestros días», por MEDARDO NIZAMA VALLADOLID, pág. 87.

«Violencia familiar y su impacto en la sociedad», por CLOTILDE CRISTINA VIGIL CURO, pág. 109.

«Replanteamiento del régimen de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos excarcelatorios en el Perú», por RICARDO A. BROUSSET SALAS, pág. 127.

«Fundamentos generales del Derecho Penal», por SILFREDO HUGO VIZCARDO, pág. 145.

«El sentido del trabajo en las reformas de 1968 y 1991 en el Perú», por LEOPOLDO GAMARRA VILCHEZ, pág. 169.

«El Tribunal Fiscal y control difuso de la constitucionalidad o legalidad de las normas», por LUIS CÁRDENAS RODRÍGUEZ, pág. 187.

«Crisis de representación política (el caso peruano)», por ARTURO GAVELÁN CARRANZA, pág. 193.

ΒΟΛΕΤΕΝ ΜΕΞΙΧΑΝΟ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΧΟΜΠΑΡΑΔΟ

N|μερο 108 (Σεπτεμβρε–Διχειμβρε 2003)

«Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional», por VÍCTOR BAZÁN, pág. 759.

«La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica», por MIGUEL CARBONELL, pág. 839.

«De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», por JOSÉ DANIEL CESANO, pág. 863.

«Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción», por JUAN CIANCIARDO, pág. 891.

«La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos», por MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, pág. 907.

«La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos», por CARLA HUERTA OCHOA, pág. 927.

«The Sky is High and the Emperor is Far Way: The Enforcement of Intellectual Property Law in China», por LING LI, pág. 951.

«Innovación tecnológica en la gestión tributaria. Un estudio comparado: España y México», por GABRIELA RÍOS GRANADOS, pág. 1011.

«El cálculo del quórum en la Cámara de Diputados: una interpretación del artículo 63 constitucional», por DIEGO VALADÉS y JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA, pág. 1037.

**ΠΕΡΙΣΤΑ ΔΕ ΔΕΡΕΧΗΟ ΔΕ ΛΑ ΥΝΙΣΕΡΣΙΔΑΔ
ΔΕ ΧΟΝΧΕΠΧΙΘΝ**

N|μερο 209 (Ενερο–θυνιο 2001)

«Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno», por RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, pág. 7.

«Análisis de la Ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 29.

«Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas», por JUANA SANHUEZA ROMERO, pág. 43.

«Los administradores de tribunales con competencia en lo criminal», por HUGO TAPIA ELORZA, pág. 63.

- «La autonomía universitaria y los recintos universitarios: Algunas reflexiones críticas acerca del contenido de esta relación jurídica», por JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ, pág. 77.
- «Breves comentarios sobre los principios del procedimiento, la prueba y la cautela en el proyecto de ley que crea los tribunales de familia», por GONZALO CORTEZ MARCOVICH, pág. 97.
- «El derecho del trabajo y la acción de protección», por SERGIO GAMONAL CONTRERAS, pág. 111.
- «Robo con violencia o intimidación en las personas», por NELSON VILLENA CASTILLO, pág. 145.
- «Autoría y participación criminal. Aspectos doctrinales y jurisprudencia. Legislación comparada (I Parte)», por HERNÁN SILVA S., pág. 169.
- «La servidumbre en el derecho de aguas», por FRANCISCO SEGURO RIVEIRO, pág. 185.
- «¿Son necesarias las formas procesales?», por HÉCTOR OBERG YÁNEZ, pág. 199.
- «Reformas al Código Orgánico de Tribunales», por ALEJANDRO AUBTER CAMPOS, pág. 209.

N^o 210 (θυλιο–Διχειμβρε 2001)

- «Algunos aspectos procesales de la reforma introducida por la Ley 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de predios urbanos», por GONZALO CORTEZ MATCOVICH, pág. 7.
- «Pervivencia del recurso de fuerza (art. 5.º, inc. 1.º, COT)», por HÉCTOR OBERG YÁNEZ, pág. 39.
- «Juzgados de policía local», por ALEJANDRO AUBTER CAMPOS, pág. 47.
- «Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano», por CARLOS A. MATHEUS LÓPEZ, pág. 71.
- «El despido indirecto o resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal», por PATRICIO MELLA CABRERA, pág. 95.
- «Alcances jurídico-laborables del concepto de profesional de la educación en el Estatuto docente», por GABRIELA LANATA FUENZALIDA, pág. 103.
- «Abandono de procedimiento, su procedencia en materia laboral», por FRANÇOISE ETCHEBERRY BARÉS, pág. 139.
- «Aspectos fundamentales de las organizaciones de usuarios de aguas. Jurisprudencia y doctrina», por FRANCISCO SEGURO RIVEIRO, pág. 147.

- «Principios que informan al derecho del comercio electrónico», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 169.
- «Análisis económico de las ofertas públicas de adquisición (OPAs)», por GERARDO HÜNE BUSTAMANTE, pág. 185.
- «La participación y autoría penal en el Derecho comparado. Doctrina y jurisprudencia», por HERNÁN SILVA, S., pág. 203.
- «Protección del medio ambiente y accesoriedad administrativa en Derecho Penal peruano: Algunas reflexiones sobre el caso Luchetti», por MIGUEL A. REYNA ALFARO, pág. 227.
- «La tradición de cultura o razón en la filosofía jurídica de Ross», por JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, pág. 243.
- «Hacer justicia en colonias (Análisis del Auto de la Audiencia Nacional de España, de 5 de noviembre de 1998)», por RAÚL A. SANHUEZA CARVAJAL, pág. 255.
- «El delito tributario ante la Reforma Procesal Penal», por JORGE MONTECINOS ARAYA, pág. 299.